DIE STILLE GESELLSCHAFT

UND DAS

PARTIARISCHE DARLEHEN

INAUGURAL-DISSERTATION

ZUR

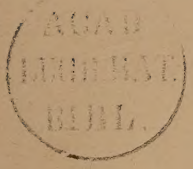
ERLANGUNG DER JURISTISCHEN DOKTORWÜRDE

DER HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT
DER KÖNIGL. UNIVERSITÄT BRESLAU

VORGELEGT VON

OTTO OGROWSKY

REFERENDAR.



BRESLAU 1907.
DRUCK VON WILH. GOTTL. KORN.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. DAHN.

Korreferent: Professor Dr. FISCHER.

Meinen Eltern.

Lebenslauf.

Am 20. April 1884 wurde ich, Otto Ogrowsky, zu Breslau als ältester Sohn des Kaufmanns Otto Ogrowsky und seiner Ehefrau Pauline geb. Lode geboren. Ich bin evangelischer Religion und preußischer Staatsangehöriger. Meine Schulbildung erhielt ich auf dem Gymnasium zu St. Maria-Magdalena, das ich Ostern 1903 mit dem Zeugnis der Reife verließ.

Ich studierte hierauf 6 Semester an den Universitäten Breslau und Genf die Rechts- und Staatswissenschaften und hörte während meiner Studienzeit die Vorlesungen der Herren Dozenten:

Baumgartner, Beyerle, Brie, Dahn, Engelmann, Fischer, Hedemann, Heilborn, Jörs, Kleineidam, Klingmüller, Leonhard, Lesser, Semrau, Sombart, Storch, Wolf,

Bouvier, Gentet, Rehfous, Mercier, Moriaud, Meumann, Sechehaye, Seitz, Spira,

denen ich an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank ausspreche.

Am 25. Juni 1906 bestand ich am Oberlandesgericht zu Breslau die erste juristische Staatsprüfung und am 4. Juli 1906 in Breslau das Examen rigorosum.

Meinen juristischen Vorbereitungsdienst begann ich am 9. Juli 1906 bei dem Amtsgericht zu Striegau, wo ich bis zum 30. September 1906 verblieben bin.

Seit dem 1. Oktober 1906 genüge ich meiner Dienstpflicht als Einjährig-Freiwilliger im Feldartillerie-Regiment von Peucker (1. Schles.) No. 6.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Literatur . . . . . IX—XI

Einleitung.

§ 1. Die stille Gesellschaft und das partiarische Darlehen im allgemeinen . . . . . 1—2
§ 2. Geschichtliche Entwickelung . . . . . 2—6

Kapitel I.

Juristische Natur und Bildung der stillen Gesellschaft und des partiarischen Darlehens.

§ 3. Begriff und Wesen der beiden Rechtsformen . . . 7—10
§ 4. Die Errichtung der stillen Gesellschaft und des partiarischen Darlehens . . . . . 10—13
§ 5. Firma und Bekanntmachung der beiden Vertragsarten 13—16

Kapitel II.

Das Rechtsverhältnis während der Dauer der stillen Gesellschaft und des partiarischen Darlehens.

§ 6. Die Parteien bei beiden Vertragsarten . . . . . 17—20
§ 7. Geschäftsleitung bei der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen . . . . . 20—23
§ 8. Art der Geschäftsführung bei beiden Rechtsformen . 23—27
§ 9. Die Einlage bei der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen . . . . . 27—37
§ 10. Die Teilnahme des stillen Gesellschafters und des partiarischen Darlehnsgläubigers an dem Ertrage des Handelsgeschäftes . . . . . 37—48
§ 11. Das Prüfungsrecht des Anteilberechtigten an der Gewinn- und Verlustberechnung . . . . . 48—56

Kapitel III.

Die Auflösung der stillen Gesellschaft und des partiarischen Darlehens.

§ 12. Art der Beendigung 57
§ 13. Auflösungsgründe . . . . . 57—64
§ 14. Schlußübersicht . . . . . 65—69

Literatur.

Anschütz u. v. Völderndorff, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch. 1. Aufl. 1868/70/74. Supplement 1885. 2. Aufl. bis Art. 65 berücksichtigt.

Neues Archiv für Handelsrecht von Voigt, Heineken und Weber. Bd. II, 418. **Voigt,** Die stille Gesellschaft. 1860.

J. Bauer, Die stille Gesellschaft. 1894.

J. Fr. Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd. I. 1886—1896.

Biener, Abhandlungen aus dem Gebiete der Rechtsgeschichte. 1846—48.

Biener, Wechselrechtliche Abhandlungen. 1859.

Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Caballinus, tractatus commerciorum et usurarum etc. Coloniae Agrippinae. 1577.

Josephus Martinus Laurentius de Casaregis, discursus legales de commercio. Venedig. 1740.

K. Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 4. Aufl. 1898.

C. Crome, Die partiarischen Geschäfte nach römischem und heutigem Reichsrecht. 1897.

Dahn, Handelsrechtliche Vorträge. 1875.

Decisiones rotae Genuensis de mercatura et rebus ad eam pertinentibus, Francforti. 1592.

W. Endemann, Das Deutsche Handelsrecht. 4. Aufl. 1887.

W. Endemann, Die nationalökonomischen Grundsätze der canonischen Lehre. 1863.

Engelmann, Deutsches Handels-, Wechsel- und Seerecht. 1900.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (E. R. O. H. G.). 1871—1879.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen seit 1880. (E. R. G.).

Entwurf eines Handelsgesetzbuchs nebst Denkschrift (Guttentag), 1897.

Fischer-Henle, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch von Ebert, v. Schneider, Fischer und v. Henle. 6. Aufl. 1904.

Freese, Die Kommanditgesellschaft und die stille Gesellschaft. 1877.

Gareis und **Fuchsberger,** Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1. Aufl. 1891. z. T. 2. Aufl. 1898.

C. Gareis, Das Deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. 1899.

L. Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts.
Bd. 1. Abt. 1 (geschichtlich-lit. Einleitung und Grundlehren). 2. Aufl. 1875. Abt. 2. 1. Aufl. 1868.

L. Goldschmidt, System des Handelsrechts im Grundriß. 4. Aufl. 1892.

v. Hahn, Kommentar zum allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch. Bd. I. 1879^3. Bd. II. 1883^2. 4. Aufl. bis Art. 172; soweit berücksichtigt.

Handbuch des Deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, hrsg. von W. Endemann. 4 Bde. 1881 ff. Bd. 1. 1881.

Juristische Wochenschrift, hrsg. von Kuhlenbeck.

G. Lastig, Die stille Gesellschaft (Habilitationsschrift). 1871.

Lübbert, Die rechtliche Natur der stillen Gesellschaft unter besonderer Berücksichtigung der historischen Entwicklung (Diss.) 1906.

Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen von Holdheim (früh. Monatsschrift für Aktienrecht).

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 3 Bde. 12. Aufl. 1898—1904.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. 5 Bde. 2. Aufl. 1895.

Neumann, Geschichte des Wuchers. 1865.

Josephus Nider, de contractibus mercatorum. 1598.

Angelus de Periglis de Perusio, Tractatus perutilis in materia societatum prima pars (in tract. doct. jur. vol. V).

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Bd. II. 1900.

Metallographierte Protokolle der Kommission für die erste Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Metallographierte Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Puchelt, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. von **Förtsch.** 1894.

A. Renaud, Das Recht der Kommanditgesellschaften. 1881.

A. Renaud, Das Recht der stillen Gesellschaften, hrsg. von Laband. 1885.

Friedrich Rieder, Spiegel der wahren Rhetorik etc. Friburg (Brisgau). 1493.

Sigismundus Scaccia, tractatus de commerciis et cambiis, Francforti ad Moenum. 1648.

Seuffert, Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte seit 1847.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2 Bde. 6.—7. Aufl. 1900. 8. Aufl. Bd. 1. 1906.

Staub, Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen, in der Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag (Guttentag). 1902.

Benvenutus Straccha (aus Ancona), tractatus de mercatura s. mercatore. Coloniae Agrippinae. 1575.

H. Thöl, Das Handelsrecht. 6. Aufl. 1879.

Troplong, Du contrat de société civile et commerciale ou commentaire du titre 9 du livre III du code civil. 2 tomes. Paris. 1843.

Carolo Zanchi, tractatus de societate. Florent. 1838.

Zeitschrift für Handelsrecht, seit 1858, begründet von Goldschmidt.

Einleitung.

§ 1.

Die stille Gesellschaft und das partiarische Darlehen im allgemeinen.

Es liegt in dem Wesen der stillen Gesellschaft, daß diese in juristischer wie wirtschaftlicher Beziehung eine Ähnlichkeit mit dem Darlehn zeigt und vor allen Dingen mit einer gewissen Form desselben, dem partiarischen Darlehen, bei dem der Darlehnsempfänger dem Gläubiger statt der Zinsen einen Anteil am Gewinne seines Handelsgewerbes verspricht. Auf den ersten Blick könnte man deshalb geneigt sein, den partiarischen Darlehnsvertrag und die stille Gesellschaft als dasselbe Rechtsgeschäft anzusehen. In der Tat liest man auch vielfach in der Literatur: Die stille Gesellschaft sei keine wahre Handelsgesellschaft. Sie sei nichts anderes als ein qualifiziertes Darlehen, bei welchem statt der Verzinsung ein Gewinnanteil als Vergütung gefordert wird.[1]) Ebenso sagt auch Lastig[2]), daß die stille Gesellschaft als eine entgeltliche Hingabe von Kapital zu Eigentum oder Nutzung unter der Gegenverpflichtung der Rückleistung erscheine und darum als eine bloße Modifikation der entsprechenden gewöhnlichen Rechtsinstitute, wie mutuum, locatio, conductio rei usw. sei. Insofern die Modifikation juristisch den Charakter der Bedingung trage, könne man auch sagen, die stille Gesellschaft sei ein bedingtes Darlehen, eine bedingte Sachmiete oder ein

[1]) Dahn a. a. O. S. 86.

[2]) Lastig, „Die stille Gesellschaft", in Endemanns Handbuch S. 337 und 707.

bedingter Innominatkontrakt. Auch Freese[1]) vertritt die Meinung, daß die stille Gesellschaft nur ein modifiziertes Darlehen sei.

§ 2.

Geschichtliche Entwickelung.

Die im vorigen mitgeteilte Anschauung findet eine gewisse Begründung in der geschichtlichen Entwickelung der stillen Gesellschaft, insbesondere zur Zeit der Geltung des kanonischen Rechts, wo der steigende Handel und Verkehr dazu zwang, Mittel und Wege zu ersinnen, um das Zinsverbot der Kirche zu umgehen. Allerdings liegen die Wurzeln der stillen Gesellschaft schon im römischen Recht. Rösler[2]) zieht den heres non adscitus eines verstorbenen Mitgliedes einer societas vectigalium und den sog. affinis derselben societas zum Beweise des Vorhandenseins einer stillen Gesellschaft heran. Sicherlich war aber auch sonst eine societas privata möglich, bei welcher der eine Teil ein Handelsgewerbe betreiben sollte, während der andere dem Inhaber des Handelsgewerbes zu dessen Betrieb Geld oder andere vertretbare Sachen gegen Anteil am Gewinn und Verlust als eigen hingab. Indessen wird das Bedürfnis nach einer Gesellschaft dieser Art nicht besonders groß gewesen sein, da der römische Bürger auf Grund seiner patria und dominica potestas die Möglichkeit hatte, Handel wie andere Gewerbe durch gewaltunterworfene Personen ausüben zu lassen. Sclaven und peculium machten es unnötig, bei fremden Personen Kapitalanlagen zu machen; sie ersetzten die spätere stille Gesellschaft und andere Societätsformen. Außerdem war wohl auch die Nichthaft des stillen Gesellschafters gegenüber den Kontrahenten des anderen Genossen im römischen Recht allgemeine Regel, es fehlte also der stillen Gesellschaft der Hauptvorzug vor Gesellschaftsformen, wie sie die heutige offene Handelsgesellschaft zeigt.

---

[1]) Freese a. a. O. S. 13 ff.

[2]) Rösler, „Die rechtliche Natur des Vermögens der Handelsgesellschaften nach röm. Recht", in der Zeitschrift für Handelsrecht Bd. IV. (1861). S. 274—300.

Das wurde mit dem Aufhören der Sklaverei und dem Wegfalle des peculium anders. Die Vereinigung von Kapital und Arbeit unter Kaufleuten und Nichtkaufleuten zu einzelnen Geschäften, wie zu ganzen Handelsunternehmungen bildeten den notwendigen Ersatz. In Italien begann die Entwickelung. Die commenda mit ihren verschiedenen Anwendungen erstand. Bereits gegen Ende des XVI. Jahrhunderts finden wir ihre beiden Hauptformen, die societas per modum participationis, die Vorläuferin unserer stillen Gesellschaft, sowie die societas per viam accomanditae als compagnia secreta und palese in Bologna gesetzlich geregelt.[1]) Damit war bei der Beteiligung an einem Handelsgewerbe mit einer bestimmten Kapitalsanlage neben der Beteiligung an einer communis-negotiatio auch die bei einem fremden Handelsbetrieb zur Geltung gekommen.[2])

Anders im französischen Recht. In der Ordonnance Ludwigs XIV „sur le commerce des négocians et marchands" vom März 1673 war bei der société en commandite nur auf die italienische Societas per viam accommanditae Bezug genommen. Sie kannte dagegen keine Gesellschaftsform, welche Personen, die hierbei unbekannt bleiben wollten, die Möglichkeit der Beteiligung an einem Handelsgewerbe mit einem bestimmten Anteil geboten hätte. Nur irrtümlicherweise nimnt Savary eine der societas per modum participationis analoge Vereinsform an, indem er von der falschen Ansicht ausgeht, die Ordonnance vom Jahre 1673, an deren Abfassung er wesentlichen Anteil gehabt hatte, regele auch diese Art der Gesellschaft.[3]) Denselben Standpunkt teilte auch der jüngere Savary, der Sohn des Erstgenannten.[4])

---

[1]) In der Provisione der Università de'Mercanti zu Bologna, 1583 (abgedruckt in den Provisioni et ordinationi nuovamente fatte al fore de'Mercanti nell' anno MDLXXXIII, Bologna per Alesandro).

[2]) vgl. auch Zanchi a. a. O. P. Ic. 8 u. cap. 9.

[3]) Savary, Parfait negociant. Part. II. liv. I. chap 1. p 1. suiv.

[4]) J. Savary des Bruslons, dictionn. universel de commerce Amsterdam 1726. tom. II, m. société, p. 1.

Zur vollen Ausgestaltung kam das Recht der stillen Gesellschaft im Deutschen Recht, wo es schließlich die Formen erhielt, wie wir sie in dem alten und neuen Handelsgesetzbuch besitzen.

Nicht zum wenigsten war die Entwickelung der stillen Gesellschaft im Mittelalter durch das kanonische Zinsverbot gefördert worden, dessen Grundsatz der bei Lucas cap. VI, 34 stehende Satz war: Mutuum date nihil inde sperantes.[1]) Zur weiteren Unterstützung ihres Verbotes führte die Kirche den scheinbar äußerst logischen Grund an, daß der Darleiher sein Eigentum am Gelde auf den Entleiher übertrage und darum von dem nunmehr fremden Gelde keine Früchte mehr ziehen könne. Doch der Verkehr half sich. Er kleidete den Darlehnsvertrag in einen Kontrakt, bei dem das Eigentum nicht überging, während die materiellen Sätze des Darlehens bestehen blieben. Commodum, depositum, locatio, conductio rei und mandatum waren die ersten Behelfe. — Diesem Ausweg suchte die Kirche dadurch zu begegnen, daß sie nach dem Satz: Casum sentit dominus, von dem Eigentümer auch die Tragung der Gefahr verlangte. Damit wurde jedoch die Umgehung des Wucherverbots nur erleichtert. Das Aequivalent wurde jetzt nicht mehr als Frucht des Kapitals hingestellt, sondern als Entschädigung für die Gefahr des Verlustes der Einlage, die der Geldgeber trug.[2]) Bei diesem Assekuranzvertrage, der an die Stelle des Darlehnsvertrages getreten war, begnügte man sich bezüglich der Gefahr auch schon damit, daß der Darleiher sein Geld durch Zahlungsunfähigkeit des Schuldners verlieren könne, eine Gefahr, wie sie von jedem Darleiher getragen wird. Das Risiko,

---

[1]) Endemann, nationalökonomische Grundsätze der canon. Lehre Seite 12 ff.
Caballinus a. a. O. Ed. II. Nr. 10.
Neumann a. a. O. S. 2 ff.

[2]) vgl. Endmann, nationalökonomische Grundsätze. § 5 ff.
Scaccia a. a. O. § 1. Qu. 1. No. 493 ebenso 495—498, 500 und § 1. Qu. 1 No. 178, 291.

das vom eventuellen Gewinn und Verlust abhängig war, konnte bald größere bald geringere vertragliche Ausdehnung erfahren.[1]) Stets schien jedoch eine Gemeinschaft des Gewinnes und auch des Verlustes vorzuliegen, wie sie bei der römischen societas zu finden war. Da außerdem im römischen Recht eine societas möglich war, bei welcher der eine Gesellschafter nur Geld einwarf, so genügte diese Ähnlichkeit, um die Vorschriften, die für die societas galten, auch für das Darlehen anzuwenden. Nur eine Schwierigkeit war dabei zu beseitigen: Der Kapitalsozius mußte Eigentümer der eingezahlten Summe bleiben (vgl. oben S. 4), während der Teilnehmer an der römischen societas nur Miteigentum mit seinem Sozius behielt. Dem half man dadurch ab, daß man sagte, die Einlage des Sozius bestehe nicht in dem Kapital, sondern nur in dem usus, der commoditas pecuniae.[2]) — Sobald erst einmal diese Konstruktion der societas für das unentgeltliche Darlehen anerkannt war, wurde dieser Weg bei allen nur erdenklichen Fällen entgeltlicher Kapitalanlage zur Anwendung gebracht. So fanden die Normen der societas schließlich auf den Fall Anwendung, daß der eine Sozius nur am Gewinne teilnahm.[3]) Man wählte sich eben aus den Arten der societas diejenigen aus, welche auf das Darlehen am besten paßten. Bei dieser sehr unbestimmten societas der kanonistischen Doktrin war nicht das Grundgeschäft die Hauptsache, sondern die zur Verschleierung dienenden pacta, wie es

[1]) vgl. Nider, a. a. O. cap. IV. No. 7.
Scaccia a. a. O. § 1. Qu. 1. No. 97 ff.
Rieder a. a. O. fol. CLIII.

[2]) vgl. Endemann, natonalökonomische Grundsätze § 6.
Angelus de Periglis de Perusio a. a. O. No. 2 u. 15.

[3]) vgl. Saccia a. a. O. § 1. Qu. VII. p. II. ampl. IX: Mulieres solent dare pecunias alicui negotiatori, qui se obligat, periculo suo illas pecunias negotiari super cambiis . . .

Ratio hujus subampliationis, omissis aliis, potest esse, quia hoc genus cambii est veluti quidam contractus societatis, in qua deponens ponit pecuniam et depositarius operam et periculum.

bei Scaccia a. a. O. § 1. Qu. VII p. II. ampl. XX. No. 4 heisst: In contractu enim non verborum sonus et conceptio sunt attendenda, sed pacta et conventiones. Man erreichte so jedes gewollte Resultat. Schließlich konnte man sich auch mittels eines weiteren pactum, einer „redemptio lucri incerti pro certo“ (d. h. einer assecuratio certi lucri) ohne jede Teilnahme am Gewinn und Verlust einfach feste Zinsen versprechen lassen, man hatte also damit sogar das reine verzinsliche Darlehen erreicht.[1])

In dieser Weise vollzog sich mit Hilfe von äußerst weit hergeholten, ja sogar trügerischen Schlüssen die Konstruktion des entgeltlichen Darlehens. Um dem kanonischen Wucherverbot zu entgehen, nahm das mutuum den Deckmantel der societas und weiterhin auch die äußere Form einer unserer stillen Gesellschaft ähnlichen Gesellschaft an. Daß aber daraus der Schluß gezogen werden könnte, unsere stille Gesellschaft sei nichts anderes, als ein entgeltliches Darlehnsverhältnis[2]) ist m. E. nicht einzusehen. Ja selbst wenn dieser Nachweis gelungen wäre, so folgte daraus noch lange nicht, daß die stille Gesellschaft allein aus dem Grunde, weil das entgeltliche Darlehen im Mittelalter unter anderem auch die Form der stillen Gesellschaft angenommen habe, nun auch heute noch nichts anderes, als ein modifiziertes Darlehen sei.

Es muß wohl zugegeben werden, daß die vertragliche Errichtung einer stillen Gesellschaft in ihren Wirkungen mit dem partiarischen Darlehnsvertrage eine gewisse juristische wie wirtschaftliche Ähnlichkeit zeigt, doch hindern wiederum tiefgreifende Unterschiede eine weitere Annäherung dieser beiden Arten von Rechtsgeschäften.

---

[1]) vgl. Scaccia § 1. Qu. VII. p. II. ampl. IX. No. 7.

[2]) vgl. das Vorwort zu Lastig's stille Gesellschaft, Habilitationsschrift 1871.

Kapitel I.

Juristische Natur und Bildung der stillen Gesellschaft und des partiarischen Darlehens.

§ 3.

Begriff und Wesen der beiden Rechtsformen.

Will man die Grenze zwischen der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen ziehen, so gilt es zunächst den Begriff der durch die Verträge beabsichtigten Rechtsformen festzustellen.

Die stille Gesellschaft ist eine Vereinigung zweier Personen zu dem Betriebe eines kaufmännischen Gewerbes derart, daß sich die eine an dem unter ihrem Namen betriebenen Geschäfte unbeschränkt beteiligt, während die andere nur einen beschränkten Anteil am Betriebsergebnis hat. Die stille Gesellschaft ähnelt der Kommanditgesellschaft, doch tritt sie nicht wie diese nach außen hin als Gesellschaft hervor, sie führt weder eine selbstständige Firma, noch besitzt sie ein selbständiges Gesellschaftsvermögen, vielmehr geht die stille Gesellschaft in dem Vertragsverhältnis zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgeschäfts auf, es besteht nur ein Verhältnis der Gesellschaft zu einander nach innen. Der stille Gesellschafter beteiligt sich wie aus H. G. B. §§ 335, 336 zu entnehmen ist, an dem Handelsgeschäfte, das ein Anderer betreibt, gegen Anteil am Gewinn und gewöhnlich auch am Verlust. Die Einlage ist so zu leisten, das sie in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäfts übergeht, und der Inhaber, der die Geschäfte nach H. G. B. § 18[1] nur unter seiner eigenen, nicht unter einer Gesellschaftsfirma betreiben

darf, wird aus diesen Geschäften allein berechtigt und verpflichtet. Die stille Gesellschaft begründet somit keine Handelsgesellschaft im gewöhnlichen Sinne. Der Mangel einer gemeinschaftlichen Firma und eines gemeinschaftlichen Handlungsfonds läßt sie darum im H. G. B. auch nicht den Namen „Handelsgesellschaft“ führen, was aus der Überschrift des II. Buches: Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft“ zu ersehen ist. Wenn nun aber Lübbert a. a. O. S. 40 ff behauptet, die stille Gesellschaft sei überhaupt keine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes, sondern ein eigenes Rechtsgebilde nach Art der entgeltlichen Geschäftsbesorgung (B. G. B. § 675), so geht er m. E. entschieden zu weit. Er findet einen Widerspruch in der Tatsache, daß auf der einen Seite die stille Gesellschaft auf 2 Personen beschränkt ist, auf der anderen Seite der die stille Gesellschaft begründende Vertrag ein Gesellschaftsvertrag des § 705 B. G. B. sei. Beide Sätze ließen sich nicht vereinigen. Das Kennzeichen der Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes sei die Verpflichtung zu „gemeinsamem Zwecke“. Ein „gemeinsamer Zweck“ könne aber nicht das Merkmal eines Rechtsverhältnisses sein, das begrifflich auf 2 Parteien beschränkt sei. Ein zwingender Beweis ist jedoch damit für diese Behauptung nicht erbracht; denn der „gemeinsame Zweck“ lässt sich auch bei dem Vorhandensein von nur 2 Parteien nicht wegkonstruieren. Trotz mancherlei Eigentümlichkeiten wird darum die stille Gesellschaft doch noch als Gesellschaft angesprochen werden müssen.

Auch könnte man bei der stillen Gesellschaft den Einwand erheben, daß in einzelnen Beziehungen die Natur des Gläubigerverhältnisses in den Vordergrund tritt. Bei ihr handelt es sich nur um eine Vermögenseinlage bei dem Handelsgewerbe eines Anderen, das dieser in seinem eigenen Namen betreibt. H. G. B. § 335.

Trotzdem bleibt die gesellschaftliche Rechtsstellung des stillen Gesellschafters noch immer wirksam. Er darf nach H. G. B. § 338 die abschriftliche Mitteilung der

jährlichen Bilanz verlangen und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere prüfen; er nimmt im Normalfalle an dem Gewinn und Verlust des Handelsbetriebes teil. Auch tritt er gemäß H. G. B. § 340 nach der Auflösung der stillen Gesellschaft mit dem Inhaber des Handelsgeschäftes in Auseinandersetzung. Zwar findet keine Liquidation wie bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft statt, da ein Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist. Immerhin erstreckt sich die Auseinandersetzung auf die Einlage, die durch Verlustanteile vermindert sein kann und auf etwa stehen gebliebenen Gewinn. Außerdem zeigt die Auflösung der stillen Gesellschaft ein weiteres Gesellschaftsmerkmal: Bei der stillen Gesellschaft löst sich zunächst das Gesellschaftsverhältnis auf und darauf erfolgt erst die Liquidation des Gewinn- und eventuell des Verlustanteils des stillen Gesellschafters. Schließlich kann der stille Gesellschafter bei Eintritt des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes zu Verpflichtungen angehalten werden, welche mit einem bloßen Gläubigerverhältnis ganz unvereinbar sind.[1])

Ein vollkommen anderes Wesen zeigt das partiarische Darlehen, bei dem allein das Gläubiger- und Schuldnerverhältnis zum Ausdruck kommt. Es besteht in der Hingabe und Empfangnahme vertretbarer Sachen zu Eigentum gegen die Verpflichtung, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten, nur daß die Vergütung für die erfolgte Kapitalshingabe nicht in Zinsen oder anderen ihrem Betrage nach fest bestimmten Leistungen, sondern in einem Anteil des Darlehnsgebers am Ertrage dessen besteht, was von dem Darlehnsnehmer in seinem Handelsbetriebe während der Zeit des Darlehns gewonnen wird.

Während also bei der stillen Gesellschaft wenigstens nach innen ein Gesellschaftsverhältnis vorhanden ist, das beiderseitige Verpflichtungen erkennen läßt, zeigt das

[1]) vgl. E. R. O. H. G. Bd. XIII Nr. 19 S. 63 ff.

partiarische Darlehnsverhältnis in seinem Grundcharakter nur eine rein einseitige Rückerstattungspflicht, die bis zur völligen Rückzahlung ungeschmälert fortbesteht und durch keinerlei Verluste im Handelsgeschäft gemindert werden kann. Soll das partiarische Darlehnsverhältnis beendigt werden, so hat der Darleiher die entliehene Summe herauszugeben. Eine Verrechnung der Kapitalsforderung, wie sie bei der stillen Gesellschaft betreffs des Gewinnes und eventuell auch des Verlustes eintritt, findet hier nicht statt, da sich die Darlehnssumme niemals verändern kann. Eine etwaige Dividende ist dem Darlehnsgläubiger noch daneben auszuzahlen.

§ 4.

Die Errichtung der stillen Gesellschaft und des partiarischen Darlehens.

Fassen wir nun die Verträge ins Auge, welche die beiden Rechtsverhältnisse begründen: Die stille Gesellschaft wie das partiarische Darlehen setzen stets den Abschluß eines dahin abzielenden Vertrages voraus, nur mit dem Unterschiede, daß bei der stillen Gesellschaft der von den Parteien errichtete Konsensualkontrakt genügt, um eine stille Gesellschaft nach H. G. B. §§ 335ff. zu errichten, während bei dem partiarischen Darlehen heute noch wie im römischen Recht nur ein Realkontrakt imstande ist, ein Darlehnsverhältnis zu begründen.[1]) Nach der heut allein maßgebenden und richtigen Meinung kann erst mit dem Hingeben und An-

[1]) Den Streit, ob der Darlehnsvertrag ein Real- oder Konsensualkontrakt ist, hat das B. G. B. zugunsten des ersteren entschieden. B. G. B. § 607 knüpft die Rückgabepflicht an den **Empfang** des Geldes oder anderer vertretbarer Sachen. Die entgegengesetzte Meinung vertreten

Demelius in Jherings Jahrbücher für Dogmatik, Bd. 3, S. 408.
Unger ebendaselbst, Bd. 8, S. 5.
Kohler im Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 2 S. 211.

Eine geschichtliche Darstellung des alten Streites gibt Eisele in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. 25 S. 1.

nehmen der vertretbaren Sachen die Verpflichtung zur Rückgabe tantundem ejusdem generis und zur Leistung einer Dividende infolge formloser Vereinbarung entstehen. Der die Darlehnshingabe nur versprechende Konsensualvertrag, das pactum de mutuo dando, ist ein vom Darlehnsvertrag selbst verschiedenes Rechtsgeschäft. Dieser Vorvertrag begründet zwar nach heutigem Recht eine klagbare Verpflichtung; doch ist diese nur auf ein Tun gerichtet, auf den Vertragsabschluß, kann also den Vertrag selbst nicht begründen. Ja, der Verpflichtete kann sogar dank der clausula rebus sic stantibus des B. G. B. § 610 sein Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird. Der Unterschied zwischen dem stillen Gesellschaftsvertrage und dem partiarischen Darlehnsvertrage besteht also darin, daß bei dem ersteren die versprochene Einlage solvendi causa bewirkt wird, während bei dem mutuum der eine Kontrahent dem anderen die Summe erst obligandi causa übergibt.

Von größter Bedeutung bleibt auch vor allem für die Klassifikation der Verträge die *Absicht* der Parteien selbst. Die das partiarische Darlehen von der stillen Gesellschaft abgrenzenden Momente liegen vorzugsweise in dem inneren Verhältnis der Parteien, in dem, was diese gewollt haben. Aus den Rechten, die ihnen dem Vertrage gemäß gegeneinander oder Dritten gegenüber zustehen, aus der Gesamtheit der Abmachungen, welche den Inhalt des Vertrages bilden, ist der bei dem Abschluß des Vertrages vorhandene Wille zu erkennen. Hier wird sich zeigen, ob Kapitalist und Eigentümer des Handelsgewerbes sich als Gesellschafter zusammentun wollten und einen gemeinschaftlichen Zweck, der Eine durch Hingabe der Einlage, der Andere durch deren zweckmäßige Verwendung, auf Grund gemeinsam festgestellter Grundsätze im Auge hatten, oder ob der Kapitalgeber allein die Absicht hat, vom Darlehnsschuldner soviel wie möglich Dividende herauszuschlagen,

überhaupt jeder getrennt vom Anderen ausschließlich seine eigenen Interessen verfolgt. Freilich wird es nicht selten vorkommen, daß die Parteien geneigt sind, den Vertrag, der eine stille Gesellschaft bedeutet, den Regeln und Formen des partiarischen Darlehens zu unterstellen und umgekehrt, wenn ein partiarisches Darlehen zustande gekommen ist, das Verhältnis als stille Gesellschaft zu behandeln. Die Gründe dafür, den Vertrag als etwas anderes auszugeben, als er wirklich ist, sind mannigfaltiger Art. Die Parteien wollen gewisse Wucher- und Steuervorschriften umgehen oder sonstige Vorteile der einen Kapitalanlage auf die andere von ihnen gewählte übertragen. Häufig sind die Zwecke einer solchen Simulation zu erkennen und geben somit einen Anhalt, den abgeschlossenen Vertrag seinem Wesen nach richtig zu bestimmen. Selbstverständlich ist hierbei nicht auf den Namen und die äußere Einkleidung des Vertrages zu sehen, sondern auf den tatsächlichen Inhalt der Parteivereinbarung und die sich für die Kontrahenten daraus ergebenden Rechte und Pflichten.[1]) Es ist nicht notwendig, um den Vertrag als stille Gesellschaft oder als partiarisches Darlehen erscheinen zu lassen, daß dies Verhältnis auch wirklich im Vertrage so bezeichnet wurde; es genügt vollauf, wenn die Umstände mit ausreichender Sicherheit erkennen lassen, ob auf den Vertragsgegenstand die Vorschriften des H. G. B. §§ 335 ff. zur Anwendung zu bringen sind oder die des B. G. B. §§ 607—610. Weiterhin muß das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft oder eines partiarischen Darlehens auch dann angenommen werden, wenn die Parteien, trotzdem die gesetzlichen Merkmale der stillen Gesellschaft oder des partiarischen Darlehens vorhanden sind, sich ausdrücklich dagegen verwahrten, daß die Beteiligung der einen an dem Geschäfte der anderen als stille Gesellschaft bezw. als partiarisches Darlehen beurteilt werde.[2]) —

[1]) Vgl. Crome a. a. O. S. 376 ff.

[2]) Vgl. Entscheidung des Reichsgerichts v. 14. Dezember 1892 in der Juristischen Wochenschrift von 1893 S. 99.

Andererseits würde es aber nicht zur Bildung einer stillen Gesellschaft oder eines partiarischen Darlehens genügen, wenn das Vertragsverhältnis als „stille Gesellschaft“ bezw. „partiarisches Darlehen“ bezeichnet wird, oder auch der eine Kontrahent stiller Gesellschafter bezw. partiarischer Darlehnsgläubiger genannt würde, während es an den wesentlichen materiellen Voraussetzungen des bezeichneten Verhältnisses mangelte.[1])

Was die Form anlangt, in der die beiden Verträge zu schließen sind, so ist eine solche weder bei der stillen Gesellschaft noch bei dem partiarischen Darlehen vorgeschrieben. Es gelten hier die Vorschriften des B. G. B., welche Freiheit der Form gestatten. Nur bei der stillen Gesellschaft könnte der Fall eintreten, daß eine besondere Form nötig würde, insbesondere wenn der stille Gesellschafter als Einlage ein Grundstück einzubringen verspricht.

§ 5.

Firma und Bekanntmachung der beiden Vertragsarten.

Mit der Perfektion des Gesellschaftsvertrages bezw. mit der Hingabe des Darlehens ist alles getan, was zur ordentlichen Errichtung der stillen Gesellschaft bezw. des partiarischen Darlehens nötig ist. Da weder die stille Gesellschaft noch das partiarische Darlehen nach außen hin hervortreten, sondern nur im Innenverhältnis ihre Rechtsverhältnisse in Erscheinung treten, so ist damit von selbst gegeben, daß das Handelsgewerbe nicht unter einer Gesellschaftsfirma betrieben werden kann; vielmehr erfährt die bisherige Firmierung des Geschäftsinhabers durch die Aufnahme eines stillen Gesellschafters oder eines partiarischen Darlehnsgläubigers keinerlei Änderung, H. G. B. § 18. Der mit dem Firmenrecht aus-

---

[2]) Vgl. E. R. G. Bd. XX. S. 163 Nr. 36.
Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts v. 10. Juni 1875 in Seufferts Archiv Bd. 32 S. 161.

gestattete Inhaber des Handelsgeschäfts hat auch in beiden Fällen grundsätzlich das Recht, seine Firma trotz Widerspruchs des stillen Gesellschafters bezw. des partiarischen Darlehnsgläubigers aufzugeben und eine andere für sein Handelsgewerbe zu wählen. Die Änderung könnte jedoch bei der stillen Gesellschaft im Gegensatz zum partiarischen Darlehen einen „wichtigen Grund" geben, diese nach H. G. B. § 339 und B. G. B. § 723 durch bloße, fristlose Kündigung, ohne daß es eines Richterspruches bedarf, aufzulösen; nur muß der Firma bei Eingehung des Vertrages eine besondere Bedeutung zugemessen worden sein, sodaß die Änderung einen wichtigen Grund zur Auflösung der stillen Gesellschaft geben kann (vgl. unten S. 60 f.)

Die für die stille Gesellschaft besondere Vorschrift des alten H. G. B. Art. 257, wonach die Parteien den Namen des stillen Gesellschafters nicht in die Firma des Inhabers des Handelsgeschäfts aufnehmen durften, und der stille Gesellschafter, dessen Name, dem Verbote zuwider in der Firma geführt wurde, für die Geschäftsverbindlichkeiten unbeschränkt haftete, ist im neuen H. G. B. beseitigt. Der Art. 257 machte für den Fall, daß der bisherige Inhaber oder Mitinhaber, dessen Name in der Firma vorkam, sich von der Führung der Geschäfte zurückzog, aber als stiller Gesellschafter beteiligt blieb, den weiteren Gebrauch der alten Firma unmöglich; dagegen durfte die frühere Firma nach Art. 22 weitergeführt werden, wenn der bisherige Geschäftsinhaber vollständig ausschied. Für eine derartige verschiedene Behandlung fehlte es an einem genügenden Grunde. Die Beteiligten können auch in Fällen der ersteren Art, in welchen es sich häufig um den Übergang des Geschäfts von einem Familienmitglied auf ein anderes handelt, unbedenklich die alte Firma fortführen.[1])

[1]) vgl. Staub a. a. O. § 335 Anm. 37.

Soweit es sich aber um eine neugebildete, nicht um eine neuerworbene Firma handelt, darf auch nach H. G. B. §§ 18 1. u. 2 S. 1 der Name des stillen Gesellschafters in der Firma nicht enthalten sein. Es besteht also jetzt in dieser Beziehung kein Unterschied mehr zwischen der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen.

Ebenso sind auch die Bestimmungen des Art. 260 über die Kundmachung der vertraglichen Errichtung der stillen Gesellschaft im neuen H. G. B. gestrichen. Das alte H. G. B. beschränkte sich auch nur darauf, bezüglich der Frage, ob und inwieweit eine rechtliche Wirkung zugunsten dritter Personen eintrat, wenn durch den stilllen Gesellschafter oder mit dessen Willen das Vorhandensein der stillen Gesellschaft kundgemacht wird, die allgemeinen Rechtsgrundsätze für maßgebend zu erklären. Obwohl dieser Artikel keine selbständige Bedeutung besaß, hatte er doch Anlaß zu zahlreichen Streitfragen über die Voraussetzungen und Wirkungen der Kundmachung einer stillen Gesellschaft gegeben. Aber auch heute noch kann unter Umständen durch die Kundmachung des Gesellschaftsverhältnisses durch Zirkulare, Inserate, Anschlag an der Börse usw. eine Haftung des stillen Gesellschafters gegenüber den Geschäftsgläubigern eintreten, sofern nach allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach den Vorschriften über den Kreditauftrag, B. G. B. § 778, die Voraussetzungen hierfür vorliegen.[1]) Eine solche Kundmachung bei einem partiarischen Darlehnsvertrage wäre wohl an und für sich denkbar, dürfte aber wohl kaum eintreten; denn es kommt hierbei ein gewisses moralisches Moment in Betracht. Niemand wird gern ohne Not, mag es auch noch so harmlos sein, seine Schulden an die große Glocke hängen. Er wird Darlehen, die er aufnimmt, nicht öffentlich bekannt machen. Wenn ich einem anderen mitteile, daß ich von einem noch so reichen Manne Geld

[1]) vgl. Denkschrift zum Entwurf eines H. G. B. S. 199.

als Darlehen erhalten habe, so wird mein kaufmännisches Geschäftsrenommee nicht gerade besonders erhöht. Anders steht es dagegen bei der stillen Gesellschaft. Die bloße Tatsache, daß eine kreditfähige oder sonst geschäftlich bedeutende Persönlichkeit mein stiller Gesellschafter wird, kann mir unbedingt die Möglichkeit eines größeren Kredits verschaffen, mir also von großem Vorteil sein.

Kapitel II.

Das Rechtsverhältnis während der Dauer der stillen Gesellschaft und des partiarischen Darlehens.

§ 6.

Die Vertragsparteien bei beiden Rechtsbildungen.

Für die Abgrenzung der stillen Gesellschaft vom partiarischen Darlehen verdienen auch besondere Beachtung die aus den Verträgen sich ergebenden persönlichen Rechtsverhältnisse, wie sie zwischen den an dem Unternehmen Beteiligten bestehen. Gerade im Innenverhältnis liegt ein Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen.

Die stille Gesellschaft wie das partiarische Darlehnsverhältnis umfaßt zwei Kategorieen von Teilnehmern, auf der einen Seite die Person des Inhabers des Handelsgewerbes und auf der anderen die des Einlegers von Kapital. Der Geschäftsinhaber ist alleiniger und unumschränkter Herr der Unternehmung, zu deren Führung oder Weiterführung er das Kapital aufnahm; ob er im übrigen ein Einzelkaufmann, eine offene Handelsgesellschaft, eine Kommanditgesellschaft, eine Aktiengesellschaft, eine Aktienkommanditgesellschaft, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung oder eine Genossenschaft ist, bleibt dabei gleichgiltig. Überhaupt können als Kontrahenten bei den Verträgen sowohl natürliche wie juristische Personen vorkommen. Sie müssen nur die Fähigkeit haben, sich vertragsmäßig zu verpflichten. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß eine offene Handelsgesellschaft wie eine Kommanditgesellschaft nur mit Ein-

willigung aller ihrer Mitglieder eine stille Gesellschaft als stiller Teilnehmer oder als Inhaber des Handelsgeschäfts eingehen kann.[1]) Zu Unrecht meint Bauer[2]), daß bei der offenen Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft jeder zur Vertretung berechtigte Teilhaber das ein stilles Gesellschaftsverhältnis begründende Abkommen treffen könne. Dieser Ansicht widerspricht auch eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts[3]), wonach der geschäftsführende Sozius einer offenen Handelsgesellschaft nicht berechtigt ist, ohne Zustimmung der übrigen Sozien einen Dritten als stillen Gesellschafter aufzunehmen: „Die gesellschaftliche Rechtsstellung des stillen Gesellschafters, wonach er z. B. die Bilanz fordern und die Bücher prüfen darf und beim Eintritt des Konkurses über das Vermögen des Geschäftsinhabers verpflichtet sein kann, die schon zurückempfangene Einlage in die Konkursmasse zurückzugewähren, deutet auf Beziehungen, welche zu einem bloßen Gläubigerverhältnis nicht passen. Zwar ändert die Existenz eines stillen Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft nichts in der Vertretungsbefugnis des Gesellschafters Dritten gegenüber; allein der stille Gesellschafter, sofern es sich um seine Aufnahme in die stille Gesellschaft handelt, ist in diesem Sinne kein Dritter. Seine Aufnahme betrifft die Erweiterung des Kreises der mit gesellschaftlichen Rechten und Pflichten bekleideten Personen, bildet also einen besonderen inneren Akt, der nicht zu den „Handlungen gehört, die der gewöhnliche Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft mit sich bringt.“ Mangelt eine solche Einwilligung, so kann der geschäftsführende Sozius den Aufnahmeakt nur unter Verletzung wichtiger Interessen der übrigen Gesellschafter vollziehen.“ Dagegen ist m. E. jeder zur Vertretung berechtigte Gesellschafter zur Aufnahme eines partiarischen Darlehens befugt, da die Rechtsstellung des Gläubigers derartige

[1]) Vgl. Renaud, stille Gesellschaft, S. 72 u. 95.
[2]) Bauer, a. a. O., S. 9.
[3]) E. R. O. H. G. Bd. XIII, Nr. 19, S. 63.

gesellschaftliche Beziehungen wie bei der stillen Gesellschaft nicht aufweist.

In derselben Weise ist auch der Prokurist eines Vollkaufmanns oder einer der genannten Gesellschaften nicht imstande, aus eigener Machtvollkommenheit eine stille Gesellschaft einzugehen. Die Aufnahme eines stillen Gesellschafters gehört nicht zu den im gewönlichen Betriebe des Handelsgewerbes vorkommenden Geschäften. Weil die Aufnahme eines stillen Gesellschafters wichtige Interessen des Geschäftsinhabers beeinflußt, so steht dieses Recht allein dem Prinzipal des Handelsgewerbes bezw. allen Mitgliedern einer Handelsgesellschaft zu.[1]) Andererseits steht nichts im Wege, den Prokuristen ein giltiges partiarisches Darlehen aufnehmen zu lassen, da die Stellung des partiarischen Darlehnsgläubigers nicht in gleicher Weise in die Rechte des Geschäftsinhabers eingreift, wie bei der stillen Gesellschaft. Außerdem handelt es sich bei der Darlehnsaufnahme um ein Geschäft, wie es „der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt." H.G.B. § 49[1].

Die Frage, ob der Eigentümer des Handelsgewerbes die Eigenschaft als Vollkaufmann haben muß, um einen stillen Gesellschafter aufnehmen zu können, wird von Renaud[2]) auf Grund von H. G. B. Art. 251. 257 bejaht; da jedoch diese Artikel im neuen H. G. B. gestrichen sind, so ist die entgegengesetzte und schon früher herrschende Rechtsauffassung nunmehr auch mit Recht die allein maßgebende, wonach wie bei dem partiarischen Darlehen auch ein Kaufmann minderen Rechtes mit einem Anderen eine stille Gesellschaft eingehen kann.[3])

Der Inhaber des Handelsgeschäftes betreibt sein Gewerbe mit seinem Vermögen und auf den Kredit hin, welchen er hat, für seine eigene Rechnung und even-

---

[1]) Vgl. Bauer a. a. O. S. 9.

[2]) Renaud, Die stille Gesellschaft, S. 72.

[3]) Behrend a. a. O., § 91, Anm. 6.
v. Hahn a. a. O., Art. 250, § 7.
Staub a. a. O., § 335, Anm. 5.
Freese a. a. O., S. 26.

tuell unter seiner Firma. Wird er durch die Geschäfte seines Handelsgewerbes Dritten gegenüber verpflichtet, so braucht er die betreffenden Forderungen zu keinem Teile etwa dem stillen Gesellschafter oder dem partiarischen Darlehnsgläubiger abzutreten. Überhaupt erscheinen jene Forderungen und Verpflichtungen des Geschäftsinhabers gegenüber seinen Gläubigern und Schuldnern im Verhältnis zu dem stillen Gesellschafter oder partiarischen Darlehnsgläubiger nur als solche, welche ihm allein gehören und ihn allein angehen.[1])

Auf der anderen Seite der beiden Vertragsparteien ist die Stellung des stillen Gesellschafters und des partiarischen Darlehnsgläubigers nicht die gleiche. Der stille Gesellschafter ist Sozius des Geschäftsinhabers insofern, als er an dessen Handelsgewerbe mit einer Vermögenseinlage gegen Anteil am Gewinn und regelmäßig auch am Verlust beteiligt ist, während der partiarische Darlehnsgläubiger stets nur am Gewinn teilnimmt. Beide bezwecken mit ihrer Einlage eine Fruktifizierung derselben; sie wollen Gewinn erlangen bei einem jedenfalls beschränkten Risiko und ohne persönliche Mühewaltung. Die stille Gesellschaft umfaßt wie das partiarische Darlehen nur zwei Parteien, sollte auch auf der einen Seite eine Mehrheit von Personen stehen, welche zusammen als Handelsgesellschaft oder Korporation doch eine rechtliche Einheit darstellen. Mit dem Tode des Kapitalisten ist außerdem bei dem partiarischen Darlehen und der stillen Gesellschaft die Möglichkeit gegeben, daß eine Mehrzahl von Erben als eine Einheit an die Stelle des Erblassers treten.

§ 7.

Geschäftsleitung bei der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen.

An der Geschäftsführung in dem Handelsgewerbe des Eigentümers hat sowohl der stille Gesellschafter wie

[1]) Vgl. Lastig bei Endemann a. a. O. I., S. 737.

der partiarische Darlehnsgläubiger keinen Anteil. Der Geschäftsinhaber bedarf nicht erst der Einwilligung des stillen Gesellschafters oder gar des partiarischen Darlehnsgläubigers bei Handlungen, die der Geschäftsbetrieb mit sich bringt, also weder bei Bestellung von Prokuristen, noch zur Eingehung anderweitiger stiller Gesellschaften usw. Es steht jedoch nichts im Wege, den Vertrag betreffend die stille Gesellschaft oder das partiarische Darlehen in dieser Beziehung anders zu gestalten, etwa in der Weise, daß zu gewissen Geschäften, z. B. zur Aufnahme neuer stiller Gesellschafter der Geschäftseigentümer erst die Einwilligung der anderen Partei einholen solle, oder daß er überhaupt keine neuen stillen Gesellschafter aufnehmen dürfe.[1])

Außerdem steht zweifellos nicht nur dem Darlehnsgläubiger, sondern auch dem stillen Gesellschafter das Recht zu, in dem Handelszweige des Geschäftsinhabers für eigene und fremde Rechnung Geschäfte zu schließen oder sich als offener oder stiller Gesellschafter an einer Handelsgesellschaft gleicher Branche zu beteiligen.[2]) Im Gesetz fehlen die Bestimmungen hierüber; es bleibt darum den Parteien überlassen, ob sie vertraglich das Konkurrenzrecht bestehen lassen, eindämmen oder ganz verbieten wollen.

Umgekehrt ergibt sich sowohl bei der stillen Gesellschaft wie bei dem partiarischen Darlehen aus der im Vertrage übernommenen Pflicht zum Betriebe des Handelsgewerbes für den Geschäftsinhaber das Konkurrenzverbot. Es läge Vertragsverletzung vor, wenn dieser in dem gleichen Handelszweige anderweit Geschäfte machte, da er dadurch die Gewinnchancen des stillen Gesellschafters bezw. des partiarischen Darlehnsgläubigers schädigt. Bei diesen Geschäften handelt es sich aber um

---

[1]) Vgl. bezüglich der Modifikationen bei der stillen Gesellschaft die Entscheidung des Reichsgerichts vom 1. März 1893 in der juristischen Wochenschrift von 1893, S. 236.

[2]) Vgl. über diese Konkurrenzgeschäfte: Cosack a. a. O., S. 587.

positive Rechtsverletzungsakte, nicht um Unterlassungen, die allein im B. G. B. behandelt sind. Jedoch wäre es ungerecht, wenn man dem geschädigten Teile zumuten möchte, abzuwarten, bis der andere Teil durch Fortsetzung der Rechtsverletzung den Vertragszweck vollständig vereitelt hätte. Darum gibt ihm Staub[1]) das Recht, auf Grund des rechtsverletzenden und den Vertragszweck gefährdenden Verhaltens des anderen Teils Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages oder Rücktritt vom Vertrage zu verlangen, unter analoger Anwendung von B. G. B. § 326. Außerdem gibt Behrend[2]) dem stillen Gesellschafter bei Verletzung des Konkurrenzverbotes von seiten des Geschäftsinhabers dasselbe Recht, wie es der offene Handelsgesellschafter hat: Der Komplementar muß sich auf Verlangen des stillen Gesellschafters gefallen lassen, daß die für seine Rechnung gemachten Geschäfte als für Rechnung der stillen Sozietät geschlossen angesehen werden. Vor allem aber hat der stille Teilhaber auch das Recht, das stille Gesellschaftsverhältnis auf Grund von H. G. B. § 339 (mit B. G. B. § 723) wegen eines wichtigen Grundes sofort zu kündigen.[3]) Soweit kann m. E. das Recht des partiarischen Darlehnsgläubigers nicht gehen. Er hat nicht das Recht, Ersatz des Schadens, der aus der Vertragsverletzung entstanden ist, zu beanspruchen, weil es sich bei dem partiarischen Darlehen nicht um einen gegenseitigen Vertrag handelt wie in B. G. B. § 326 (vgl. S. 62); ebenso kann er nicht verlangen, daß die Geschäfte als für Rechnung beider Parteien geschlossen gelten, da eine Sozietät in dem Sinne

---

[1]) Staub, „Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen", S. 50.

[2]) Behrend a. a. O. § 93 III.

[3]) Hierbei ist zu berücksichtigen, daß der Rücktritt vom Vertrage persönlich und ex tunc wirkt, die Kündigung aber dinglich und ex nunc.

Vgl. auch Bauer a. a. O., S. 44.
Cosack a. a. O., S. 587.

wie bei der stillen Gesellschaft nicht vorhanden ist. Auch fehlt es an einer gesetzlichen Vorschrift, welche mangels besonderer Abmachung das Recht auf fristlose Kündigung des partiarischen Darlehnsverhältnisses wegen eines wichtigen Grundes gäbe, vielmehr hat es hier mit dem gesetzlichen Kündigungsrecht sein Bewenden.

Das Konkurrenzrecht des Geschäftsinhabers kann jedoch auch vertraglich gewährleistet werden, oder sich aus den Umständen ergeben, falls sich z. B. der Kapitalist nur an einem Zweiggeschäftsunternehmen beteiligt. Ist dieser zugleich als Gläubiger und als Handlungsgehilfe beteiligt, so kommen wiederum noch die für Handlungsgehilfen geltenden Bestimmungen des H. G. B. § 60 zur Anwendung, wonach er dem Konkurrenzverbot unterliegt.

§ 8.

Art der Geschäftsführung bei beiden Rechtsformen.

Mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages oder der Hingabe des Darlehens ist der Inhaber des Handelsgeschäftes verpflichtet, den Gegenstand des Unternehmens unverändert zu lassen. Er hat z. B. nicht das Recht, ohne Einwilligung der Gegenpartei anstelle eines Warengeschäftes ein Bankgeschäft zu betreiben, es sei denn, daß der Vertrag für irgend einen vom Kaufmann zu führenden Handelsbetrieb abgeschlossen worden ist. Mangels einer solchen vertraglichen Abrede ist der stille Gesellschafter befugt, gegen den Inhaber des Geschäftes wegen positiver Vertragsverletzung vorzugehen und die stille Gesellschaft fristlos zu kündigen. Ja er kann die noch einzuzahlende Einlage insoweit verweigern und die schon hingegebene insoweit zurückverlangen, als dieselbe nicht schon durch Verlustanteile erschöpft ist.[1]) Wiederum hat der partiarische Darlehnsgläubiger auch hier nur das Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung,

[1]) H. G. B. § 339.

Rücktritt vom Vertrage und die Möglichkeit der gesetzmäßigen Kündigung.[1])

Auch eine Änderung der Firma darf ohne Einwilligung des stillen Gesellschafters und des partiarischen Darlehnsgläubigers nicht vorgenommen werden, wenn die Verträge mit einer gegebenen Firma abgeschlossen worden sind oder auf diese besonders Bezug genommen ist. Dasselbe gilt auch von einer Verletzung des Sitzes des Handelsbetriebes durch den Geschäftsinhaber, während er in Ermangelung besonderer Vereinbarung zur Errichtung von Zweigniederlassungen ohne Einwilligung des stillen Gesellschafters oder des partiarischen Darlehnsgläubigers befugt sein dürfte.

Das Recht des Geschäftsinhabers geht auch nicht soweit, daß dieser während des Bestehens des Vertragsverhältnisses das Handelsgewerbe oder den Handelszweig, für welche die Sozietät eingegangen oder das partiarische Darlehen aufgenommen wurde, eigenmächtig beendet. Hierzu ist er nur mit Einwilligung der anderen Partei berechtigt. Im übrigen darf er das stille Gesellschafts- oder das partiarische Darlehnsverhältnis nur mittels Kündigung zur Auflösung bringen.

Weiterhin zeigt sich ein erheblicher Unterschied zwischen der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen bei der Veräußerung des Handelsgewerbes von seiten des Geschäftsinhabers.

Bei der stillen Gesellschaft ist eine Veräußerung ohne besondere Erlaubnis der Gegenpartei unstatthaft; nicht mit jedwedem Inhaber des Handelsgeschäftes ist der Vertrag geschlossen worden, sondern allein mit dem bestimmten Eigentümer des Handelsgewerbes. Der stille Gesellschaftsvertrag setzt ein solches Maß von Zutrauen in die Ehrlichkeit, Geschäftsgewandtheit und den Fleiß des Geschäftsinhabers, daß dieses nicht ohne weiteres von der bestimmten Person auf eine fremde dritte übertragen werden kann. Die rechtlichen Beziehungen

[1]) Vgl. S. 22, 23, 62.

des stillen Gesellschafters sind zu dem Komplementar viel zu persönlich, zu individuell, als daß sie ohne Einwilligung des stillen Gesellschafters aufgehoben werden könnten.

Die Folgen einer unerlaubten Veräußerung sind die der positiven Vertragsverletzung. — Wenn dagegen der Geschäftsinhaber das Handelsgewerbe mit Einwilligung des stillen Gesellschafters veräußert, so liegt hierin eine Auflösung der Gesellschaft durch gegenseitige Übereinkunft, mit welcher sich die Errichtung einer neuen Sozietät zwischen dem Kapitalgeber und Erwerber des Handelsgeschäftes verbinden kann.[1])

Bei dem partiarischen Darlehen spielt zwar auch das persönliche Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner eine gewisse Rolle; dieser Gesichtspunkt ist jedoch hier nicht allein maßgebend. Von weit größerer Bedeutung ist der Umstand, daß der Dividendenberechtigte ein Kapitalist ist, der mit seinem Gelde, statt es verzinslich anzulegen, spekuliert. Ob das in den einzelnen Fällen zutrifft, ist Tatfrage; jedoch wird es in den meisten Fällen in der Natur des Verhältnisses liegen und zwar umsomehr, je ferner sich die Parteien stehen, je mannigfaltiger die Geldanlagen des Gläubigers sind. Dieser spekuliert nicht sowohl auf den Ertrag der Tätigkeit der einzelnen Person, die ihm als Schuldner gegenüber steht (wie könnte er auch alle seine zahlreichen Schuldner in dieser Art im Auge behalten!), sondern er spekuliert auf den Ertrag des Etablissements als solchen. Letzteres ist es vor allem, das um seiner Lage, der allgemeinen Konjunktur und sonstiger Umstände willen seinen Kredit und sein Vertrauen genießt. Die Tätigkeit des Darlehnsschuldners tritt dabei in den Hintergrund. Darum steht bei dem partiarischen Darlehen einer Veräußerung des Geschäfts von seiten des Geschäftsinhabers nichts im Wege.[2])

---

[1]) vgl. Renaud, Die stille Gesellschaft S. 137.

[2]) vgl. Crome a. a. O. S. 391.

Ein ähnlicher Unterschied besteht auch zwischen der Veränderung in der Person des stillen Gesellschafters und des partiarischen Darlehnsgläubigers. Bei dem engen Verhältnis, in dem der stille Gesellschafter zu dem Geschäftsinhaber steht, ist es auch selbstverständlich, daß in der Person des stillen Gesellschafters kein Wechsel ohne Einwilligung des Geschäftsinhabers eintreten darf. Der stille Gesellschafter steht zum Inhaber des Handelsgeschäftes in einem obligatorischen Verhältnis, vermöge dessen er Rechte und Pflichten gegen denselben hat. Wie er nun, gleich dem Geschäftsinhaber, die Verpflichtungen nicht einseitig auf einen anderen abzutreten imstande ist, so sind auch nicht alle Rechte, die er als stiller Gesellschafter gegenüber seinem Mitgesellschafter hat, wie das Recht auf Mitteilung einer jährlichen Bilanz und Einsicht der Bücher und Papiere zwecks Prüfung der Bilanz, ebenso auch die Befugnis, die Auflösung der Gesellschaft aus wichtigen Gründen zu verlangen u. a. m., übertragbar. Die von dem stillen Gesellschafter vorgenommene Zession beweist sonach, wenn sie auch mittels einer noch so allgemeinen Erklärung stattgefunden haben sollte, weder den Austritt des Zedenten aus der Gesellschaft noch den Eintritt des Zessionars in dieselbe. Vielmehr gilt sie nur als Abtretung der Forderung, welche der Kapitalgeber als solcher gegen den Geschäftsinhaber hat. Die Zession ermächtigt den Dritten nur in der Art, wie dies sonst der stille Gesellschafter tun könnte, die rein vermögensrechtlichen Bezüge, wie Gewinn, Auseinandersetzungsguthaben geltend zu machen und bei Auflösung der stillen Gesellschaft die Forderung seines Zedenten von dem Geschäftsinhaber zu verlangen.[1]) Die gesellschaftlichen Herrschaftsrechte dagegen, insbesondere die Rechte aus H. G. B. § 336 gehen wie die Verflichtungen des stillen Gesellschafters nicht auf den Rechtsnachfolger über.

[1]) Vgl. Lastig bei Endemann a. a. O. I. S. 713.
Renaud, Die stille Gesellschaft, S. 137.
Staub a. a. O. § 335 Anm. 26.
Ebenso E. R. G. XVIII. 43.

Das Verhältnis des partiarischen Darlehnsgläubigers zu dem Inhaber des Handelsgewerbes ist kein so enges, wie das des stillen Gesellschafters. Es beschränkt sich im allgemeinen auf das fundamentale Rückforderungsrecht des Gläubigers, sodaß hier kein Grund besteht, die Abtretung dieser Forderung nach den Regeln des B. G. B. § 398 nicht anzuerkennen. Mit dem Abschluß des Vertrages, mit der Abtretung des Zedenten und der Annahmeerklärung des Zessionars tritt dieser neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen, ohne daß es einer besonderen Einwilligung von anderer Seite bedurfte.

§ 9.

Die Einlage bei der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen.

Das Wesen des stillen Gesellschaftsvertrages wie des partiarischen Darlehens bringt es mit sich, daß die Rechtsverhältnisse zwischen den Vertragsparteien in ihrer Wirksamkeit von einer Vermögenseinlage abhängig sind, . ja bei dem partiarischen Darlehen überhaupt erst durch ihre Hingabe entstehen. Freilich zeigt diese Vermögenshingabe bei den Unternehmungen in ihrem Charakter große Verschiedenheiten. Die Einlage des stillen Gesellschafters hat zwar ebenso, wie bei dem partiarischen Darlehen nicht den Charakter der Haftsumme, vielmehr besitzt sie nur die einzige Funktion, als Kapitalbeitrag für den Geschäftsbetrieb zu dienen; jedoch wird diese Regel bei der stillen Gesellschaft unterbrochen, so in H. G. B. § 342, wo das Recht des Geschäftsinhabers, dem stillen Gesellschafter die Einlage zurückzuzahlen oder zu erlassen, durch den Einspruch des Konkursverwalters vernichtet wird.

Die Frage nach dem möglichen Gegenstand dieser Einlage bei der stillen Gesellschaft beantwortet uns das H. G. B. und B. G. B. nur insoweit, als sie uns erklären, daß die Vermögenseinlage in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergehe (H. G. B. § 335). Auch

lesen wir wiederholt von dem „Betrage“ der Einlage.[1]) Außerdem hat der stille Gesellschafter bei Auflösung der Gesellschaft gegen den Geschäftsinhaber eine in Geld zu berichtigende Forderung (H. G. B. § 340[1]). Diese Ausdrucksweise paßt offenbar auf den am häufigsten vorkommenden Fall der Beteiligung: den der Geldeinlage. Allein, wenn diese auch den regelmäßigen Fall bilden wird, so kann sie doch auch in anderen körperlichen Sachen bestehen, mögen diese vertretbar oder nicht vertretbar, verbrauchbar oder nicht verbrauchbar sein oder aus einer oder mehreren bestimmten beweglichen oder unbeweglichen Sachen bestehen. Hierbei spielt der Geldbetrag der einzuwerfenden Sachen insofern eine Rolle, als sich nach ihm die Teilnahme am Geschäftsbetrieb richtet. Er ist es, mit welchem und bis zu welchem höchstens der stille Gesellschafter an dem Verluste der stillen Gesellschaft teilnimmt und den er bei Auflösung der Gesellschaft zu fordern hat. Die Geldschätzung braucht nicht schon zugleich mit dem Gesellschaftsvertrage zu erfolgen, doch ist sie nötig zur Aufstellung des für den stillen Gesellschafter zu führenden Kontos, zur Berechnung des ihm zukommenden Gewinnanteils, sowie der Verminderung der Einlage durch Geschäftsverluste, schließlich auch zur Feststellung der Forderung, welche der stille Gesellschafter gegen den Inhaber des Handelsgewerbes bezw. gegen die Konkursmasse geltend zu machen hat.[2])

Die Einlage des stillen Gesellschafters kann auch in unkörperlichen Sachen bestehen, die unter einem anzugebenden Geldbetrage in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes übergehen. So können Forderungen und Rechte als Einlagen gegeben werden, ebenso auch Gebrauchs- und Nutzungsrechte an Gebäuden, Maschinen usw.; auch Erfinder und Urheberrechte, Fabrikgeheimnisse besitzen die Eigenschaft einer Vermögenseinlage.

---

[1]) Vgl. B. G. B. § 707.
H. G. B. §§ 337[2], 341[2], 342.

[2]) Vgl. Renaud, Die stille Gesellschaft, S. 78.

Nach dem neuen H. G. B. hat der stille Gesellschafter die Einlage nicht so zu leisten, daß der Inhaber des Handelsgewerbes Eigentümer der Einlage wird, sondern daß sie in dessen „Vermögen“ übergeht. Damit ist den Parteien ohne weiteres die Möglichkeit gelassen, im Gesellschaftsvertrage dem Geschäftsinhaber nur den Gebrauch der Einlage zu belassen, während das Eigentum bei dem stillen Gesellschafter bleiben solle.[1]) Dagegen will Staub[2]) Gebrauchsüberlassungen nicht als Einlagen in das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes gelten lassen, m. E. mit Unrecht; denn „Vermögen“ ist ein weiterer Begriff als „Eigentum.“ Sicherlich hätte das H. G. B., wenn es unter „Vermögen“ „Eigentum“ verstanden wissen wollte, „Eigentum“ und nicht „Vermögen“ gesagt.

Wenn die Parteien jedoch das Eigentum übergehen lassen wollen, so geschieht dies durch die nach den allgemeinen Grundsätzen erforderlichen Übertragungshandlungen. Als Eigentumsübergang dürfte dann regelmäßig der Zeitpunkt der Übergabe gelten, wenn nicht die Beobachtung einer besonderen Form, wie Schriftlichkeit des Übertragungsaktes, Auflassung und Eintragung in das Grundbuch usw. erforderlich ist. Eingebrachte Forderungsrechte bedürfen je nach ihrer Gestalt der Zession, des Indossaments oder Aushändigung des Papiers oder Briefes, mit deren Übergabe die Übertragung als vollzogen gilt.

Der Betrag der Einlage kann in dem begründenden Gesellschaftsvertrage auch noch unbestimmt gelassen werden, indem sich der stille Gesellschafter zur Hergabe des „nötigen Kapitals“ verpflichtet. Doch genügt es nicht, wenn die Einlage gar nicht erwähnt wird, sondern der eine Teil sich nur verpflichtet, als stiller Gesellschafter in das Geschäft des anderen Kontrahenten einzutreten. Die Einlage muß bestimmt oder wenigstens bestimmbar sein.[3])

---

[1]) Vgl. Denkschrift zum Entwurf eines H. G. B., S. 197.

[2]) Staub a. a. O., § 335, Anm. 15.

[3]) Vgl. Behrend a. a. O., § 91, Anm. 12.

Wie die Einlagen zu erfolgen haben, bleibt der Parteivereinbarung überlassen. So war beispielsweise in einem Falle ausgemacht worden, daß der stille Gesellschafter bis zu einer Summe von 20 000 Mk. am Verluste partizipieren solle. Als Gewinnanteil war ihm $^1/_5$ des Gesamtreingewinnes zugesichert worden. Bei Schließung des Vertrages machte er jedoch aus hier nicht in Betracht kommenden Gründen keine Einlage. Deshalb wurde zwischen den Parteien ausgemacht, daß seine Gewinnanteile bis zur Höhe von 20 000 Mk. stehen bleiben sollten, wofür er als Gegenleistung die Garantie übernahm, bei einem etwaigen Verlust auf seinen Teil 20 000 Mk. zu tragen. Die entstandenen Gewinnbeträge machten dann die Einlage aus.

Schwierigkeiten bietet allein die Frage, ob die Vermögenseinlage auch in Diensten bestehen könne. Lastig[1]) leugnet auf das Bestimmteste, daß die Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters in Arbeits- und Dienstleistungen bestehen könne. Wenn jemand einem Anderen für dessen Handelsgewerbe gewisse Dienste leiste und dagegen einen Anteil am Geschäftsgewinn erhalte, so sei das eine einseitige Arbeitsgenossenschaft, aber keine stille Gesellschaft im Sinne des H. G. B. Der Gegenstand der Einlage dürfe bei der stillen Gesellschaft nicht bloß für den Geschäftsinhaber einen Vermögenswert haben, sondern müsse bereits in der Hand des stillen Sozius den Charakter des Kapitals tragen. Gegen die Dienstleistungen als Einlage spräche auch schon, daß hier weder von einer Verminderung der Vermögenseinlage durch Verlustanteil, noch von einer Einzahlung der rückständigen Einlage in die Konkursmasse bis zu dem Betrage, welcher zur Deckung seines Anteils am Verluste erforderlich ist, noch von Rückzahlung der Einlage in Geld, noch endlich von Geltendmachung des Einlagerestes im Konkurse des Geschäftsinhabers durch den stillen Gesellschafter als Gläubiger die Rede sein könne. Diese Einwendungen Lastigs

[1]) Lastig in Endemanns Handbuch I, S. 705.

sprechen ebenso wie gegen Dienstleistungen gegen eine Vermögenseinlage des stillen Gesellschafters, welche in der Übertragung eines Forderungsrechtes oder Nutzungsrechtes an einer körperlichen Sache besteht, während jener Schriftsteller die beiden letztgenannten Arten von Einlagen für mit dem Wesen der stillen Gesellschaft im Sinne des H. G. B. verträglich erachtet.

Auch Bauer[1]) pflichtet im allgemeinen der ersten Anschauung bei. Nach ihm wird man nur dann dem Objekte den Charakter der Einlage beimessen dürfen, „wenn dem Geschäftsherrn das Eigentum, die Innehabung, der Gewahrsam usw. für eine gewisse Zeit dauernd zusteht. Ist die Gewinnbeteiligung (und ev. auch die Beteiligung am Verluste) eine kontinuierliche, so muß auch die am Gewinn und Verlust interessierte Einlage eine fortgesetzte und der Verfügungsgewalt des Geschäftsherrn unterworfene sein. Die Eigenschaften könnten aber bei Diensten nicht erzwungen werden. Daraus ergebe sich, daß eine Leistung, deren Gewährung einzig und allein in das Belieben des Leistenden gestellt sei, nicht als Vermögenseinlage in das Handelsgewerbe eines anderen im Sinne des H. G. B. angesehen werden können.“ Zum Beweise führt er dann noch eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 25. Juni 1890 (Praxis des Reichsgerichts Bd. X S. 272) an. Hierbei handelte es sich um die Beteiligung jemandes an einem Handelsgeschäft, die darin bestand, daß der Betreffende in der Fabrik nur mit der Verarbeitung des Rohmaterials und der Fertigstellung des Fabrikats betraut war, dagegen mit dem Einkauf der Rohstoffe und dem Verkauf der Waren nichts zu tun hatte. Das Reichsgericht entschied, daß dieser nur als technischer Angestellter zu betrachten sei und lehnte die Auffassung, daß es sich um eine stille Gesellschaft nach H. G. B. Art. 250 (§ 325) handele ab, da es an einer Vermögenseinlage mangele.

---

[1]) Bauer, a. a. O. S. 19.

Zu demselben Schlusse kommt auch Staub[1]): „Dienste sind keine geeignete Vermögenseinlage. Das gilt hier, wie bei der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft. Wer nichts in die Schanze zu schlagen hat, als seine Dienste, ist eben ein Bediensteter, wenn er auch am Gewinn oder gar am Gewinn oder Verlust beteiligt ist.“ Diese Ausführungen erscheinen mir vollkommen unzutreffend. Es ist nicht angebracht, die Dienste überhaupt so abfällig zu beurteilen. Man darf nicht bloß die Dienste eines Durchschnittshandlungsgehilfen im Auge haben, mit dem wohl auch kein Prinzipal einen stillen Gesellschaftsvertrag abschließen wird. Wie oft aber wird es vorkommen, daß er einen tüchtigen Mitarbeiter braucht, mit dem er Gewinn und Verlust am Geschäft teilen will? Wenn dieser seine Dienste, die vielleicht in Erfindungen oder Verbesserungen im Geschäft bestehen, in die Schanze zu schlagen hat, dann ist er sicherlich mehr als ein Bediensteter! Vor allem aber beruht ja der Unterschied zwischen einem stillen Gesellschafter und einem Bediensteten gar nicht in dem Gegenstande der Einlage, sondern in dem Willen der Parteien.

Handelte es sich bei dem Vertrage nur um das Versprechen einer Partei (des Arbeiters) zur Leistung von Diensten gewisser Art oder zur Verfügungstellung seiner Arbeitskraft für eine bestimmte Unternehmung gegen eine von dem anderen Teil zu leistende Vergütung, welche ganz oder zum Teil in einer Quote des Arbeitsertrages besteht (z. B. bei dem commis intéressé), so liegt ein „Quotaldienstvertrag“ vor; denn es mangelt eben an der **Absicht** der Parteien, ein gesellschaftliches Verhältnis zu begründen, wie es bei der stillen Gesellschaft zu Tage tritt.[2])

Außerdem ist speziell noch der Ausführung Bauers entgegenzuhalten, daß, wenn auch die Dienstleistung

---

[2]) Staub, a. a. O. § 335, Anm. 14.

[3]) Vgl. Crome, a. a. O. S. 156 ff.

selbst nicht erzwingbar ist, so doch der dafür angesetzte Vermögenswert im Notfalle an ihre Stelle tritt.

Darum bejaht Behrend a. a. O. § 91 die Möglichkeit, die Einlage in bloßen Diensten zu leisten, da es begrifflich sehr wohl möglich ist, daß die Arbeitskraft abgeschätzt und als Vermögenseinlage in Ansatz gebracht werde. Die Abschätzung kann eventuell durch gerichtliche Ermittelung erfolgen.

Derselben Ansicht ist auch Renaud,[1]) der ebenfalls mit Recht betont, daß Dienste, die zu einem Unternehmen notwendig oder nützlich sind, einen Geldeswert haben, und daß die Verpflichtung zur unentgeltlichen Leistung solcher, das Vermögen desjenigen, dessen Unternehmen ermöglicht oder gefördert wird, vermehren. Eine Beteiligung demnach am Betriebe des Handelsgewerbes eines anderen, welche allein in dem Versprechen von Diensten besteht, die für jenen Betrieb einen Geldeswert haben, erscheint folgeweise als eine Beteiligung mit einer „Vermögenseinlage“ (nicht Geldeinlage). Sobald die Einlage nicht in barem Gelde besteht, ist es der durch den betreffenden Gegenstand, die Dienste, das zur Ausbeutung überlassene Fabrikgeheimnis, das Nutzungsrecht usw. dargestellte und jedenfalls zur Anlage des Kontos des stillen Gesellschafters durch Vereinbarung oder Ästimation festzusetzende Geldbetrag, welcher das Maß der Beteiligung des stillen Szoius bei der stillen Gesellschaft bestimmt.

Einen ganz anderen Charakter zeigt in dieser Hinsicht das partiarische Darlehn. Während sich bei dem stillen Gesellschaftsvertrage der eine Kontrahent verpflichtet, das zu dessen Handelsbetriebe erforderliche Kapital zu geben oder zu vermehren und sich so an dem Handelsgeschäft beteiligt, steht bei dem partiarischen Darlehen nichts im Wege, daß das Kapital auch zu anderen Zwecken verwendet wird. Voraussetzung

---

[1]) Renaud, Die stille Gesellschaft S. 79 u. 117.

bleibt nur, daß der Schuldner dem Gläubiger einen Anteil am Gewinn seines Handelsgewerbes zukommen läßt.

Vor allem handelt es sich bei dem Darlehen um die Hingabe und Empfangnahme **vertretbarer** Sachen, gegen die Verpflichtung, das Empfangene in Sachen von gleicher Art, Güte und Menge zurückzuerstatten. Der Darlehnsgläubiger gibt also im Darlehnsvertrage **vertretbare Sachen** zu Eigentum hin, wie Geld, Wertpapiere u. dgl., während bei der stillen Gesellschaft auf Grund des Gesellschaftsvertrages auch nicht vertretbare Sachen, ja sogar Forderungen, Rechte und Dienstleistungen, deren Ausübung einen Geldeswert besitzt, als Einlage hingegeben werden können. Zwar kennt das Darlehen in dem sog. contractus mohatrae etwas Ähnliches. Auch hier wird dem Darlehnsempfänger irgend ein Gegenstand übergeben. Der Zweck der Hingabe besteht aber darin, die Sache zu verkaufen. Die Sache selbst hat für den Empfänger keine besondere Bedeutung, nur ihr Wert ist für ihn von Interesse. Darum erlangt der Empfänger auch gar kein Eigentum an der Sache, sondern nur an dem Erlöse. Dieser allein soll das Darlehen bilden, nicht der übergebene Gegenstand. Außerdem handelt es sich hierbei immer nur um Sachen,[1]) nicht auch um unkörperliche Rechte und Forderungen.

Ein weiterer Unterschied zeigt sich bezüglich der Einlage auch bei der Beendigung der beiden Rechtsverhältnisse. Nach der Auflösung der stillen Gesellschaft hat der Inhaber des Handelsgeschäfts das Guthaben in **Geld** zu berichtigen, H. G. B. § 340, während bei dem partiarischen Darlehen der Gläubiger nur tantundem ejusdem generis zurückzuverlangen hat. Ist also das partiarische Darlehen in Wertpapieren gegeben, so sind Wertpapiere von gleicher Art und von gleichem Nennwert wiederzugeben, sodaß eine eingetretene Kursänderung zu Lasten oder Gunsten des Darlehnsempfängers fällt. Ist

[1]) Vgl. Dig. 12. 1. 11 pr. (lanx, massa auri).

die Rückgabe geliehener Wertpapiere objektiv unmöglich geworden, vielleicht, weil die Papiere unterdessen von dem Aussteller wieder eingezogen worden sind, so ist der Darleiher von der Rückerstattungspflicht befreit (B. G. B. § 275), jedoch haftet er für etwaige ungerechtfertigte Bereicherung, die regelmäßig aus dem Kurswert zur Zeit der Hingabe erkennbar sein wird.

Weiterhin ist die Geldforderung bei der regelmäßigen Gestaltung der stillen Gesellschaft, bei welcher der stille Gesellschafter Anteil am Gewinn und Verlust nimmt, ihrem Bestande und Betrage nach unbestimmt. Sie lässt sich nämlich nur insoweit geltend machen, als sie nicht etwa durch den den stillen Gesellschafter treffenden Anteil am Verluste im fremden Handelsgewerbe erschöpft oder vermindert ist oder etwa eingetretene Verluste durch Gewinnanteile des nämlichen Gesellschafters gedeckt sind, H. G. B. § 337. Der Darleiher dagegen hat stets eine nach Bestand und Betrag feste Forderung an den Darlehnsempfänger, wenn er auch die Gefahr der eintretenden Insolvenz des Schuldners zu tragen hat.

Die Forderung des stillen Gesellschafters ist auch an die Beendigung der Gesellschaft gebunden. Erst wenn diese aufgehört hat, kann die Berichtigung des Guthabens verlangt werden H. G. B 340. Bei dem partiarischen Darlehen dagegen besteht das Forderungsrecht wenn auch zeitlich beschränkt, allein und vornherein; auch tritt die Auflösung des Darlehnsverhältnisses nicht vor der Rückgabe des Darlehens ein. Sie ist erst mit der Bezahlung der vollen Summe erfolgt.

Im Konkurse des Geschäftsinhabers zeigt die Einlage des stillen Gesellschafters keine besonderen Eigentümlichkeiten; sie genießt hier ebensowenig, wie die Darlehnsforderung ein besonderes Vorzugsrecht.

Nach der Beendigung der stillen Gesellschaft kann der stille Gesellschafter auch stets noch ohne Rücksicht darauf, ob er gegen den Inhaber des Handelsgeschäftes eine Forderung wegen einbezahlter Einlage hat oder diese Forderung durch Verlustanteile erschöpft ist, die-

jenigen Gegenstände zurückverlangen, deren Eigentum er sich vorbehalten hatte, während er den Gebrauch oder die Benutzung dem stillen Gesellschafter überließ.[1]) Die Gefahr der Verschlechterung trägt er jedoch allein, falls nicht eine besondere Abmachung den anderen Kontrahenten zum Ersatze und zur Ausbesserung verpflichtet hat. Im Konkurse des Geschäftsinhabers erhält der stille Teilhaber ein Recht auf Aussonderung der ihm gehörenden Sachen, und im Falle der Zwangsvollstreckung vermag er mit Erfolg zu intervenieren.

Aus dem Unterschiede zwischen dem stillen Gesellschafts- und partiarischen Darlehnsvertrage, dem Konsensual- und Realkontrakte, folgt schließlich noch, daß bei dem partiarischen Darlehnsvertrage die Summe vertretbarer Sachen sofort einzuzahlen ist, weil sonst kein Darlehen entsteht, B. G. B. § 607[2]); bei der stillen Gesellschaft kann die Einlage auch in successiven Raten zahlbar sein. Darüber entscheidet der Gesellschaftsvertrag. Aber auch wenn im Vertrage besondere Bestimmungen darüber fehlen, so wird die Einlage doch erst **nach** der Perfektion des Gesellschaftsvertrages zu zahlen sein und nicht **bei** dem Abschluß, da die Einzahlung kein Essentiale des Gesellschaftsvertrages ist. Bei der stillen Gesellschaft kann daher der Teilhaber mit seiner Leistung auch in Verzug kommen; er haftet dann dem Geschäftsinhaber für das Interesse.[3]) Ebenso kann die Säumnis des stillen Gesellschafters in der Erbringung der Einlage noch andere Folgen nach sich ziehen, so den Verfall einer Konventionalstrafe oder Auflösung der Gesellschaft vor Ablauf der für deren Dauer bestimmten Zeit aus wichtigen Gründen, H. G. B § 339.

Die Einbringungspflicht des stillen Gesellschafters ist aber gegenüber dem Inhaber des Handelsgeschäfts auch

---

[1]) Vgl. Renaud, Die stille Gesellschaft, S. 119.

[2]) Vgl. u. a. Engelmann, Das bürgerliche Recht 1903[3]. S. 298ff.

[3]) Vgl. Thöl a. a. O. § 110 No. 20.
Renaud, Die stille Gesellschaft, S. 120.

begrenzt. Der Letztere ist ebenso, wie selbstverständlich der Darlehnsschuldner aus keinerlei Gründen berechtigt, den stillen Sozius zu weiteren Leistungen zu zwingen, um die Einlage über den vereinbarten Betrag zu erhöhen oder die durch Verlust verminderte Einlage zu ergänzen. Auch wenn der eingelegte Gegenstand etwa untergegangen wäre, oder das Geschäft ohne weitere Zuschüsse zu Grunde zu gehen drohte, so wäre der stille Gesellschafter doch nicht verpflichtet, sich zu weiteren Einlagen herbeizulassen (B. G. B. § 707). Nur H. G, B. § 337[2] zeigt eine gewisse Einlageergänzungspflicht. Danach soll der jährliche Gewinn zur Deckung des Verlustes verwendet werden, solange die ursprüngliche Einlage des stillen Teilhabers durch Verlust vermindert ist. Jedoch werden auch hier eigentliche Zuschüsse von seiten des stillen Gesellschafters nicht verlangt, wenngleich mit der Zurückbehaltung des Gewinnes der stille Gesellschafter in seinem Vermögen getroffen wird. Natürlich bleibt es den Parteien anheimgestellt, mittels vertraglicher Abmachung die Verbindlichkeit des stillen Gesellschafters oder des partiarischen Darlehnsgläubigers, die Einlage bezw. das Darlehen zu erhöhen, festzustellen.

Andererseits hat ebensowenig der stille Gesellschafter wie der partiarische Darlehnsgläubiger das einseitige Recht, die volle Einlage bezw. die partiarische Darlehnssumme durch stehengebliebenen Gewinn oder andere Einzahlungen zu erhöhen, doch kann auch in dieser Hinsicht eine besondere Berechtigung vertraglich festgestellt werden.

§ 10.

Die Teilnahme des stillen Gesellschafters und des partiarischen Darlehnsgläubigers an dem Ertrage des Handelsgeschäfts.

Für die von der einen Vertragspartei gemachten Leistungen hat nun billigerweise die andere Partei bestimmte Verpflichtungen zu erfüllen. Es ist Voraussetzung des stillen Gesellschaftsverhältnisses wie des par-

tiarischen Darlehnsvertrages, daß der stille Gesellschafter und der partiarische Darlehnsgläubiger Anteil haben am Ertrage des Handelsgeschäftes, daß sie mit ihrer Einlage, ihrem Kapital unterstützt haben. Ihre Beteiligung an dem Handelsgewerbe erfolgt in der Absicht, einen Anteil an dem aus dem Handelsbetriebe sich ergebenden Gewinn zu erzielen. Daß die Gewinnbeteiligung bei der stillen Gesellschaft nicht ausgeschlossen werden kann, sagt ausdrücklich H. G. B. § 336.[1])

Als zweifellos muß weiterhin gelten, daß es sich in beiden Fällen um den Anteil am Gewinn aus dem ganzen Handelsgewerbe des Geschäftsinhabers oder einem gegebenen Zweige desselben handelt, nicht aber etwa nur um einen Gewinnanteil an den einzelnen Geschäften. Der Gewinn ist das Ergebnis einer Bilanz, von der H. G. B. § 40[2u.3] verlangt:

„Bei der Aufstellung des Inventars und der Bilanz sind sämtliche Vermögensgegenstände und Schulden nach dem Werte anzusetzen, der ihnen in dem Zeitpunkte beizulegen ist, für welchen die Aufstellung stattfindet."

„Zweifelhafte Forderungen sind nach ihrem wahrscheinlichen Werte anzusetzen, uneinbringliche Forderungen abzuschreiben."

Ein Gewinn ist demnach dann vorhanden, wenn die Berechnung einer gegebenen Geschäftsperiode (die Bilanz) einen Überschuß des Betrages, den der Inhaber des Handelsgeschäftes während dieser Zeit erworben hat, über die in der gleichen Zeit gehabten Verluste und Unkosten zeigt; hierbei ist zu dem Verlust auch die für die bestimmte Zeit zu berechnende Entwertung der zum Handelsgewerbe dienenden Sachen und die Summe zu zählen, welche zur Deckung der Zinsen für Geschäftsschulden erforderlich ist. Dagegen ist der Gewinn nicht abhängig von der Größe des Vermögens, welches der Geschäftsinhaber zur Zeit des Beginnes seines Handelsgewerbes

[1]) Vgl. E. R. G., Bd. 27, S. 16.

oder der stillen Gesellschaft oder des partiarischen Darlehens hatte, ebensowenig braucht auch das von dem stillen Gesellschafter eingeworfene Kapital durch Verluste unversehrt zu sein.

Was die Art und Höhe der Gewinnbeteiligung anlangt, so ist hierbei zunächst die Parteivereinbarung entscheidend, deren Bestimmungen die Parteien jederzeit im Einverständnis mit einander ändern können. Der Gewinnanteil kann im Vertrage auf eine bestimmte Quote, z. B. ein Viertel des Reingewinnes lauten. Die Frage, ob der ganze Reingewinn ausbedungen werden kann, während der andere Teil mit einem Gehalt entschädigt wird, möchte ich für die stille Gesellschaft und das partiarische Darlehen nicht ohne weiteres bejahen, wie es Bauer[1]) für die stille Gesellschaft tut; vielmehr kommt es hier auf den Willen der Parteien an, ob der Geschäftsführer nicht in Wirklichkeit nur in einem Dienstverhältnis zu dem Kapitalisten stehen soll. Ist ein solches Dienstverhältnis nicht gewollt, so wäre auch für diesen Fall eine stille Gesellschaft und ein partiarisches Darlehen möglich.

Die Parteien können auch bei beiden Vertragsarten vereinbaren, daß vom Reingewinn des Geschäfts nach Abzug gewisser Prozente für Amortisation und Zinsen dem stillen Gesellschafter bezw. dem partiarischen Darlehnsgläubiger ein gegebener Prozentsatz ausgezahlt werden solle.

Ja der Gewinnanteil kann sogar durch eine Rente von bestimmter Höhe gesichert sein, die auch dann ausgezahlt wird, wenn der Gewinnanteil diese Höhe nicht erreichen sollte.[2]) Jedoch liegt unbedingt kein stiller Gesellschafts- oder partiarischer Darlehnsvertrag vor, wenn ohne Rücksicht auf die Höhe der Geschäftserträge, sowie ohne Rücksicht auf ihren Ausfall eine feste Rente bezahlt werden soll. Ebenso würde auch die Zusage

[1]) Bauer a. a. O., S. 21.

[2]) Vgl. Renaud, Die stille Gesellschaft, S. 85, 123.

fester Zinsen von dem Betrage des hingegebenen Vermögens ein bloßes Darlehen vorstellen, weil der Anspruch auf die Zinszahlung unabhängig von dem Ertrage des Geschäftes besteht.[1]) Wenn dagegen der gegebene Gewinnanteil im Vordergrund steht und daneben noch ein Zins vom Geldbetrage zugesichert wird, so ist ein Gesellschaftsverhältnis oder ein partiarisches Darlehen möglich.[2]) Dieser Ansicht widerspricht m. E. auch nicht E. R. O. H. G. Bd. XX., S. 163 ff., in welchem zugunsten eines gewöhnlichen Darlehnsverhältnisses trotz einer eventuellen Gewinnbeteiligung entschieden wurde. Es handelte sich eben dort um einen Vertrag, bei dem als der Hauptinhalt von der dem Kläger (Kapitalgeber) gewährten Berechtigung: der Anspruch auf die ihm zugesicherte feste Rente anzusehen war. Daß der dem Kläger eingeräumte Anteil von einem Sechstel des Jahresgewinnes den Betrag dieser Rente überstieg, war nur eventuell als eine Möglichkeit ins Auge gefaßt, die nach den bisherigen Geschäftsergebnissen ziemlich fern lag und auch seit dem Austritte des Klägers sich noch nie verwirklicht hatte.

Die Vereinbarung der Parteien über die Höhe der Beteiligung am Gewinn und auch am Verlust kann im Gründungsvertrage oder in einem Zusatzvertrage geschehen. Es kann aber auch vorkommen, daß es an einer diesbezüglichen Vereinbarung mangelt. In diesem Falle tritt wieder der Unterschied zwischen dem partiarischen Darlehne und der stillen Gesellschaft hervor. Fehlt bei dem ersteren die Bestimmung, daß der Darlehnsgeber an dem Handelsunternehmen mit einer Dividende beteiligt sein solle, so ist überhaupt kein partiarisches Darlehen vorhanden. Der Darlehnsgeber hat dann nur das Recht nach H. G. B. §§ 352 u. 354 einen Zins von

---

[1]) Vgl. Seufferts Archiv, Bd. XXI, S 205.
a. M. Behrend a. a. O., § 91.
E. R. O. H. G., Bd. IX, S. 37.

[2]) Vgl. E. R. O. H. G., Bd. XII, S. 99.
Lastig bei Endemann I, S. 706.

5% für sein Darlehen zu verlangen. Anders steht es dagegen bei der stillen Gesellschaft. Bei der Eingehung des stillen Gesellschaftsverhältnisses kann von den Kontrahenten übersehen worden sein, dem Geschäftsinhaber die Gewährung eines Gewinnanteils zur Pflicht zu machen, während im übrigen das stille Gesellschaftsverhältnis genau erkennbar ist, oder es wurde über die Höhe der Gewinnquote überhaupt nichts oder nur zweifelhaftes vereinbart. Trotzdem darf der stille Gesellschafter einen im Verhältnis zu seiner Einlage angemessenen Gewinnanteil beanspruchen, denn H. G. B. § 336 bestimmt besonders:

„Ist der Anteil des stillen Gesellschafters am Gewinn und Verlust nicht bestimmt, so gilt ein den Umständen nach angemessener Anteil als bedungen."

Es läßt sich jedoch nicht verkennen, daß auch das partiarische Darlehen gerechter Weise dann aufrecht zu erhalten ist, wenn nur bestimmt wird, daß der Darlehnsgläubiger anteilig beteiligt sein soll und nur die Größe der Dividende nicht bestimmt ist. In diesem Falle möchte ich auch den Darlehnsgläubiger nicht abweisen, sondern ihm nach Analogie der stillen Gesellschaft einen angemessenen Dividendenanspruch zukommen lassen. Selbstredend ist bei der Berechnung des angemessenen Gewinnanspruchs bei der stillen Gesellschaft ein ganz anderer Maßstab anzulegen als bei dem partiarischen Darlehen; denn das Verhältnis, in dem Gläubiger und Schuldner zu einander stehen, ist bei der stillen Gesellschaft ein viel engeres, als bei dem partiarischen Darlehen. Im übrigen ist bei beiden Kontrakten die Art und der Umfang der Tätigkeit des Geschäftsherrn in Betracht zu ziehen. Sie gilt um so mehr, je lukrativer das Unternehmen wirkt. Auch ist zu berücksichtigen, daß der Geschäftsinhaber für die Verbindlichkeiten der stillen Gesellschaft bezw. des partiarischen Darlehens solidarisch und mit seinem ganzen Vermögen aufkommt, der partiarische Darlehnsgläubiger dagegen überhaupt kein Risiko trägt, während der stille Gesellschafter

möglicherweise mit der gemachten oder versprochenen Einlage haftet. Unter ungünstigen Umständen verliert also nur der stille Gesellschafter seine Einlage und etwaige nicht eingezogene Gewinnanteile, während auf der anderen Vertragsseite der Geschäftsinhaber mit seinem ganzen Geschäfts- und Privatvermögen haftet und falls dieses nicht ausreichen sollte, seine wirtschaftliche Selbstständigkeit auf Jahre hinaus einbüßt. Auch die Kreditverhältnisse des Geschäftseigentümers verdienen eine Berücksichtigung. Schließlich darf auch die Größe der Vermögensbeteiligung des stillen Gesellschafters wie des partiarischen Darlehnsgläubigers nicht vergessen werden.

Was die näheren Modalitäten der Gewinnbeteiligung anlangt, so stimmt die stille Gesellschaft und das partiarische Darlehen im allgemeinen mit einander überein. Es herrscht hier volle Vertragsfreiheit. Als jus cogens ist bei beiden Vertragsarten für den stillen Gesellschafter wie für den partiarischen Darlehnsgläubiger nur das Recht anzusehen, überhaupt am Gewinn beteiligt zu sein. Nur subsidiäre Geltung hat darum die Bestimmung des Zeitpunktes der Gewinn- und auch der Verlustberechnung für die stille Gesellschaft, deren Regelung in Ermangelung einer Abrede am zweckmäßigsten auch für das partiarische Darlehen gelten wird, da sie eng mit der jährlichen Aufstellung der Bilanz nach H. G. B. § 39 zusammenhängt. Am Schlusse jedes Geschäftsjahres, wo in der Regel die Inventur und stets die Bilanzaufstellung stattfindet, soll, wie H. G. B. § 337 für die stille Gesellschaft bestimmt, auch die Gewinnberechnung erfolgen. Die Grundlage bilden die Handelsbücher, die Inventur und die Bilanz des Geschäftsherrn, oder falls dieser ein Minderkaufmann ist, seine sonstigen Aufzeichnungen. Zwar wird ein Minderkaufmann nicht verpflichtet, Bücher zu führen und Bilanzen zu ziehen, indessen wird er sich doch eine Inventur und eine Bilanz aufstellen müssen, da sich nur auf diese Weise rechnerisch das Ergebnis des letzten

Geschäftsjahres ermitteln läßt.[1]) Die Fälligkeit dieses Gewinnanspruches tritt mit dem Ablauf der betreffenden Geschäftsperiode ein, die Bezahlung hat mit der rechnungsmäßigen Feststellung zu erfolgen und zwar hat die Auszahlung sofort zu geschehen ohne Rücksicht, ob die Entnahme der Gelder dem Geschäfte zum augenscheinlichen Nachteil gereicht oder nicht.

Über den Leistungsort bestimmt das B. G. B. § 269:

„Ist ein Ort für die Leistung weder bestimmt,[1] noch aus den Umständen,[2] insbesondere aus der Natur des Schuldverhältnisses zu entnehmen, so hat die Leistung an dem Orte zu erfolgen, an welchem der Schuldner zur Zeit der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Wohnsitz[3] hatte.

Ist die Verbindlichkeit im Gewerbebetriebe des Schuldners entstanden, so tritt, wenn der Schuldner seine gewerbliche Niederlassung an einem anderen Orte hatte, der Ort der Niederlassung anstelle des Wohnsitzes."

Als Erfüllungs- oder Leistungsort ist demnach im Zweifel der Ort der Handelsniederlassung anzusehen. Da nun aber die Dividende in Geld besteht, so fragt es sich weiter, ob dieses der Schuldner nicht nach B. G. B, § 270 auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz oder Handelsniederlassung zu übermitteln hat. Bei der stillen Gesellschaft möchte ich entgegen der Meinung Staubs § 337 und gegen Puchelt-Förtsch Art. 255, Anm. 4 u. Anm. 8 annehmen, daß nach dem mutmaßlichen Willen der Beteiligten der Ort des Handelsgewerbes auch als Zahlungsort angesehen werden muß, weshalb der stille Gesellschafter den ihm zufallenden Gewinn bei dem Geschäftsinhaber abzuheben oder abholen zu lassen hat. Für diese Auffassung spricht vor allem die Bestimmung des H. G. B. § 337[3], wonach „der stille Gesellschafter seinen Gewinnanteil zu **erheben** hat." Wäre der Inhaber des Handelsgeschäfts verpflichtet

[1]) Vgl. Behrend a. a. O. § 93 Anm 19.

den Gewinnanteil dem stillen Gesellschafter zuzusenden, so müßte H. G. B. § 337[3] jede Bedeutung verlieren. Die Bestimmung des H. G. B. geht jedoch der des allgemeineren B. G. B. vor. B. G. B. § 270 bleibt deshalb außer Anwendung.[1])

Bei dem partiarischen Darlehen ist dagegen dieser Zahlungsort m. E. nicht zu halten. Es liegt kein Grund vor, bei dem viel weniger engen Verhältnis zwischen dem partiarischen Darlehnsgläubiger und -Schuldner einen anderen als den gesetzlich festgestellten Zusendungsort annehmen zu wollen. Darum hat der partiarische Darlehnsschuldner „im Zweifel" die Dividende auf seine Gefahr und Kosten dem Gläubiger an dessen Wohnsitz zu übermitteln.

Bei der stillen Gesellschaft kann es nun vorkommen, daß der Gewinnanteil von dem stillen Gesellschafter nicht erhoben wird. Diese Summe vermehrt jedoch nach H. G. B. § 337 seine Einlage nicht, sofern nicht ein Anderes vereinbart ist. Weder der Geschäftsinhaber noch der stille Gesellschafter ist mangels einer dahingehenden Abmachung berechtigt zu verlangen, daß der stehengebliebene Gewinn zur Einlage geschlagen werde. Der noch nicht erhobene Gewinnanteil erhält die Eigenschaft eines bloßen Guthabens, dessen spätere Auszahlung vom Geschäftsinhaber selbst dann nicht verweigert werden darf, wenn sich in der Zwischenzeit Verluste ergeben sollten.[2]) Auch ist die einmal vollzogene Gewinnverteilung in gleicher Weise wie bei dem partiarischen Darlehen eine definitive; darum kann der ausbezahlte Gewinn nicht zurückgefordert werden; nur Irrtum bei Aufstellung der Bilanz oder eine ähnliche Ursache gibt dem Inhaber des Handelsgeschäfts Gelegenheit, seine Willenserklärung an-

[1]) Vgl. Renaud, Die stille Gesellschaft, S. 125.
Bauer a. a. O., S. 50.
Behrend a. a. O., § 93, Anm. 28.
v. Hahn, § 1.

[2]) Vgl. E. R. O. H. G., Bd. XIII, S. 65.

zufechten und die Gewinnauszahlung rückgängig zu machen. Dies gilt selbst für den Fall, daß der Gewinn in gutem Glauben und auf Grund einer im guten Glauben errichteten Bilanz bezogen wurde.

Mit der Beteiligung am Gewinn ist jedoch nur bei dem partiarischen Darlehen die einzige Form, in der der Gläubiger am Geschäftsbetrieb teilnimmt, völlig behandelt; bei der stillen Gesellschaft ist es erst die eine Art der Geschäftsbeteiligung. Es fehlt noch die Behandlung der anderen Art, bei welcher der stille Gesellschafter an Gewinn und Verlust des Handelsgeschäftes teilnimmt, die Form, welche sogar als die regelmäßige und auch ältere anzusehen ist. Allerdings ist für die Feststellung, ob eine stille Gesellschaft oder ein partiarisches Darlehen vorliegt, der Umstand allein nicht ausschlaggebend, daß nach dem Inhalt des Vertrages der Gel geber nicht am Geschäftsverlust beteiligt sein soll. Es ist dies nicht nur ein Merkmal des partiarischen Darlehens, sondern es kann auch, wie wir bereits gesehen haben, bei der stillen Gesellschaft vorkommen, mit deren Wesen es wohl vereinbar ist.[1]) Allein wenn auch die eine Form der stillen Gesellschaft mit dem partiarischen Darlehen in bezug auf die Gewinnbeteiligung annähernd übereinstimmt, so ist trotzdem ein Unterschied darin vorhanden, daß die stille Gesellschaft noch eine andere Hauptform zeigt, welche sogar die ältere ist und im H. G. B. als die regelmäßige gilt. Die stille Gesellschaft mit Gewinn- und Verlustbeteiligung ist auch im neuen H. G. B. noch der Grundtypus geblieben, an die sich die oben behandelte Form nur angliedert. Der stille Gesellschafter trägt, falls nicht besonders bestimmt ist, daß er nicht am Verlust beteiligt sein soll, mit dem Inhaber

[1]) Vgl. E. R. O. H. G. XII, 100.
E. R. G. III, 9.
XX, 163.
XXX, 57.
XXI, 33.
H. G. B. § 336[2].

des Handelsgewerbes den Nutzen und die Verluste des Geschäftes. Soll die stille Gesellschaft von der Grundform eine abweichende Gestaltung erhalten, so ist nach H. G. B. § 336[2] eine ausdrückliche oder sonst keinerlei Zweifel über den Willen der Parteien gestattende Abmachung nötig. Darum ist eine Befreiung des stillen Gesellschafters von jeder Anteilnahme am Verluste nicht schon deshalb anzunehmen, weil eine stille Gesellschaft mit einer Einlage des stillen Gesellschafters gegründet wurde, ohne daß etwas über den Gewinn und Verlust vereinbart wurde, oder weil im Vertrage allein von dem Anteil des stillen Gesellschafters die Rede ist.[1]) Die Verlustbeteiligung ergibt sich in Ermangelung einer entgegengesetzten vertraglichen Abmachung aus dem Gesetze (H. G. B. § 336). Der Richter wird dann erforderlichenfalls einen den Umständen nach angemessenen Anteil am Verlust bestimmen.[2])

Nimmt der stille Gesellschafter nicht nur Anteil am Gewinn, sondern auch am Verlust aus dem Geschäftsbetrieb des Inhabers des Handelsgeschäfts, so ist Verlust dann vorhanden, wenn und soweit am Schlusse eines Rechnungsabschnittes, der während dieser Zeit gemachte Erwerb die indessen entstandenen Unkosten und Einbußen nicht zu decken imstande ist. Dieser Geschäftsverlust trifft unmittelbar allein den Geschäftseigner und vermindert nur dessen Vermögen. Der stille Gesellschafter hat seinen Verlustanteil weder einzuzahlen noch wird er von seinem Vertragsgegner erhoben, sondern dieser schreibt ihn seinem stillen Gesellschafter auf dessen Konto zur Last und vermindert oder erschöpft auf diese Weise die Forderungssumme, die der stille Gesellschafter wegen seiner Einlage gegen den Geschäftsinhaber hat. Die Berechnung dieser Summe, welche auf den stillen Gesellschafter als Anteil am Gewinn oder Verlust fällt,

[1]) Vgl. Zeitschr. für das gesamte Handelsrecht, Bd. IV, S. 285 a. E., 286.

[2]) Vgl. Lastig bei Endemann a. a. O. I, S. 738 a. E.

geschieht nach H. G. B. § 337[1], wenn nicht eine andere Zeit vereinbart ist, am Schlusse jedes Geschäftsjahres seitens des Geschäftsinhabers bei Aufstellung der Inventur und Bilanz.

Der Betrag, bis zu welchem der stille Gesellschafter am Verluste teilnehmen darf, unterliegt der zwingenden Bestimmung des H. G. B. § 337[2]. Danach bestimmt sich der Höchstbetrag seines Verlustes nach der bereits eingezahlten oder rückständigen Einlage. Eine stille Gesellschaft, bei welcher der stille Teilhaber über den Betrag seiner Einlage hinaus zur Tragung am Verluste verpflichtet wird, ist keine stille Gesellschaft mehr im Sinne des H. G. B.[1])

Ist nun die Einlage durch Verlustanteile aufgezehrt, so fragt es sich, ob der stille Gesellschafter während der Jahre, wo seine Einlage durch Verluste vernichtet ist, weiter an etwaigen Verlusten teilnimmt, (wenn auch ohne neue Einlagenzahlung), weil eine Gewinnfeststellung für ihn erst dann möglich erscheint, wenn diese Verlustanteile ergänzt sind, oder ob diese Zeit für ihn ohne jegliche Folgen vorübergeht, bis wieder eine bessere Geschäftsperiode eintritt, die ihn am Gewinne partizipieren läßt. M. E. wäre es durchaus gesetzwidrig, den stillen Gesellschafter über seine Einlage hinaus zu belasten, denn H. G. B. § 337 sagt:

„Der stille Gesellschafter nimmt an dem Verluste nur bis zum Ertrage seiner eingezahlten oder rückständigen Einlage teil."

Die weiteren Verluste entfallen allein auf das Konto des Geschäftsinhabers; trotzdem trägt jedoch tatsächlich der stille Gesellschafter, wenn auch nur indirekt, an

---

[1]) Vgl. Seuffert, Archiv, Bd. II, S. 287.

[2]) Diese letztere Ansicht verfechten Behrend, a. a. O. § 88 Anm. 17.
Anschütz u. v. Völderndorff, a. a. O. Art. 161 Anm. 18.
Renaud, Kommanditgesellschaft S. 323, während
v. Hahn, a. a. O. Art. 161 Note 9 und
Staub, a. a. O. § 337 Anm. 6, das Gegenteil behaupten.

diesem Verluste mit: Weil nämlich das Vorhandensein eines Geschäftsgewinnes erst dann anzunehmen ist, wenn die Summe der Aktiven im Geschäft die der Passiven übersteigt, so müssen, ehe irgend ein Gewinn buchmäßig verteilt wird, auch die weiteren Verluste, die der stille Gesellschafter nicht mitträgt, ihre Deckung gefunden haben. Diese Grundsätze sind aus der Bilanz zu folgern.[1]) Treten dann schließlich nach einer oder nach mehreren Verlustperioden Gewinnjahre ein, so werden die dem stillen Gesellschafter zukommenden Gewinnanteile noch nicht ausgezahlt, sondern der jährliche Gewinn wird zur Deckung des Verlustes solange, verwendet, bis die aufgezehrte Einlage wieder in voller Höhe besteht. Diese neue Einlage kann, soweit sie wieder hergestellt ist, von neuem mit den sie treffenden Verlustanteilen belastet werden. Der Inhaber des Handelsgeschäftes hat jedoch kein Recht, den Verlustanteil mit etwa nicht erhobenen Gewinnbeträgen auszugleichen, da diese Guthaben mangels besonderer Abrede aus dem Gesellschaftsverbande ausgeschieden sind (vgl. oben S. 44). Umsoweniger ist auch der schon ausgezahlte Gewinn wegen späterer Verluste dem Geschäftsinhaber zurückzuerstatten, H. G. B. § 337[2]. Vielmehr bleibt er Eigentum des stillen Gesellschafters.

§ 11.

Das Prüfungsrecht der beiden Anteilberechtigten an der Gewinn- und Verlustberechnung.

Nachdem im vorigen festgestellt worden ist, wie sich bei der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen Gewinn und Verlust auf die Vertragsparteien verteilen, soll nunmehr erörtert werden, auf welche Weise die Gewinnverteilung (ev. auch die des Verlustes) von dem stillen Gesellschafter und dem partiarischen Darlehnsgläubiger geprüft werden kann. Der Stand der vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Geschäfts-

[1]) vgl. Bauer, a. a. O. S. 52/53.

inhaber und dem stillen Gesellschafter bezw. dem partiarischen Darlehnsgläubiger ist kein absolut fixierter sondern er wechselt stetig und hängt von dem augenblicklichen oder von dem bei Ablauf der Periode sich ergebenden Geschäftsresultate ab. Außerdem haben weder der stille Gesellschafter noch der partiarische Darlehnsgläubiger, abgesehen von anderer Vereinbarung, Anteil an der Geschäftsführung. Sie wären darum vollkommen außer stande, den Betrag des Geschäftsergebnisses aus eigener Wahrnehmung zu erkennen, wenn ihnen nicht in irgend einer Weise Gelegenheit gegeben wäre, die Prüfung ihres Gewinnanteils zu bewerkstelligen. Dem stillen Gesellschafter gewährt das Gesetz die Mittel zur Prüfung dieser Abrechnung in H. G. B. § 328:

„Der stille Gesellschafter ist berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz und ihre Richtigkeit unter Einsicht der Bücher und Papiere zu prüfen. — Jedoch stehen die im § 716 des B. G. B. dem von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter eingeräumten weiteren Rechte dem stillen Gesellschafter nicht zu.

Auf Antrag kann das Gericht, wenn nicht wichtige Gründe vorliegen, die Mitteilung einer Bilanz oder sonstiger Aufklärungen, sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anordnen."

Der stille Gesellschafter ist also mangels besonderer Abrede berechtigt, die abschriftliche Mitteilung der jährlichen Bilanz zu verlangen. Dieses Recht, das zwar streng persönlich, doch auf die Erben des stillen Gesellschafters übergeht und durch dessen gesetzlichen Vertreter ausgeübt werden kann, erstreckt sich auf die Abschrift der Bilanz, die ihm von dem Komplementar mitzuteilen ist. Kommt der Inhaber des Handelsgeschäftes dem Begehren nach Mitteilung der Bilanz nicht nach, so vermag der stille Gesellschafter sein Recht im Wege der Klage geltend zu machen, ja er kann auch aus wichtigen Gründen nach H. G. B. § 339 das stille Gesellschaftsverhältnis einseitig zur Lösung bringen. Ebenso hat er einen Anspruch auf Einsichtnahme der

Bücher und Papiere zwecks Prüfung der Bilanz, jedoch muß diese Einsichtnahme in den Grenzen geschehen, welche gerade zur Bilanzprüfung unentbehrlich erscheinen.

Aber auch das Recht auf jederzeitige Mitteilung der Bilanz oder sonstige Aufklärung nebst Vorlegung der Bücher und Papiere kann dem stillen Gesellschafter zustehen: Wenn wichtige Gründe vorliegen, kann das Amtsgericht auf Antrag des stillen Gesellschafters den Geschäftsinhaber anhalten, auch während des Geschäftsjahres eine Bilanz aufzunehmen, eine Abschrift davon einzureichen und die nötigen Aufklärungen zu geben, sowie die Handelsbücher und Geschäftspapiere zwecks Einsichtnahme vorzulegen, H. G. B. § 338[3]. Als wichtige Gründe müssen alle diejenigen Tatsachen gelten, welche dem stillen Gesellschafter ein Recht geben, die Auflösung der stillen Gesellschaft zu verlangen oder welche geeignet sind, in dem stillen Gesellschafter die begründete Besorgnis hervorzurufen, daß eine Einlage durch die Geschäftsführung des Inhabers gefährdet werde. Der Geschäftsführer kann die Bücher mangelhaft oder überhaupt nicht führen, obwohl er als Vollkaufmann zu einer geordneten Buchführung verpflichtet ist, oder ein Minderkaufmann zeichnet seine Geschäfte nicht insoweit auf, daß er einem aus H. G. B. § 338 gestellten Begehren Folge leisten, auch nicht jährlich Bilanz ziehen kann. Ein wichtiger Grund liegt weiterhin dann vor, wenn der Inhaber des Handelsgeschäftes gewagte und dem gemeinsamen Unternehmen fremde Geschäfte vornimmt oder die Lage des Geschäftes derart bedenklich wird, daß der stille Gesellschafter sich Information zwecks Geltendmachung seiner Rechte auf Auflösung der Sozietät verschaffen muß.[1]) Selbstredend erstreckt sich diese Anordnung des Richters immer nur auf den einzelnen Fall; nicht etwa erhält der stille Gesellschafter nun ein für allemal das Recht, die Bücher etc. betreffs Bilanzführung einsehen zu dürfen. Auch hat er das Vor-

[1]) Vgl. Bauer a. a. O. S. 55.

handensein eines wichtigen Grundes zu beweisen oder wenigstens glaubhaft zu machen. Zur Geltendmachung eines Rechtes steht ihm die Klage und einstweilige Verfügung zu Gebote. Das Gericht, welches über die Rechtsverhältnisse zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Geschäftsinhaber zu entscheiden hat, ist das Amtsgericht, vgl. Rg. betr. Ang. freiw. Gbk.

Damit sind jedoch die Rechte des stillen Gesellschafters in dieser Beziehung noch nicht erschöpft. H. G. B. § 338 enthält nur jus dispositioum. Es steht also den Parteien nichts im Wege, im Gesellschafts- oder in einem Zusatzvertrage diese Rechte zu erweitern oder zu beschränken. Der stille Gesellschafter kann die Befugnis erhalten, jederzeit in die Geschäftsstelle der stillen Gesellschaft zu kommen und sich vom Gange der Geschäftsangelegenheiten zu unterrichten. Es kann ausgemacht werden, daß der Geschäftsinhaber seinem Partner jede gewünschte Information geben muß, daß dem stillen Teilhaber die Einsicht der Bücher und Papiere stets frei stehe, daß er sich selbst nach Belieben eine Bilanz anfertigen dürfe u. v. m. Andererseits kann auch das gesetzliche Kontrollrecht in jeder Hinsicht beschränkt werden, ja die Parteien können sogar übereinkommen, daß es vollkommen beseitigt werde; der stille Sozius kann auf Mitteilung der Bilanz oder auf die Prüfung derselben mittels Einsicht der Bücher und Papiere giltig verzichten. Da diese Vereinbarung aber in einem erhöhten Vertrauen zum Geschäftsinhaber ihren Grund haben, so verlieren diese Verzichte ihre Wirkung, wenn Umstände eintreten, welche das Vertrauen erschüttern, wenn z. B. eine Unredlichkeit in der Geschäftsführung nachgewiesen wird. H. G. B. § 338[3 1])

Dieselben vertraglichen Rechte kann auch der partiarische Darlehnsgläubiger in dem Darlehnsvertrage vom partiarischen Darlehnsschuldner zugestanden erhalten. Dem Geschäftsinhaber steht es frei, durch Vertrag seinem

1) vgl. Renaud a. a. O. S. 115.

Gläubiger die weitesten Vorrechte einzuräumen oder ihm auch jegliche Auskunft zu versagen. In der Praxis wird jedoch durchschnittlich die vertragliche Abmachung dem Darlehnsgläubiger geringere Kontrollrechte zuerkennen, als dem stillen Gesellschafter, schon aus dem Grunde, weil der Geschäftsinhaber bei der Aufnahme eines partiarischen Darlehens eben die Absicht hat, seinem Gläubiger nur die allernotwendigsten Aufsichtsrechte zuzuerkennen, während der stille Gesellschafter schließlich im Innenverhältnis doch als Gesellschafter des Geschäftsinhabers auftritt, der ja auch in den regelmäßigen Fällen am Gewinn und Verlust beteiligt ist. Eine Grenze zu ziehen zwischen den vertraglichen Abmachungen bei der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen ist hierbei wegen der vollen Vertragsfreiheit unmöglich. Anders liegt jedoch der Fall, wenn in dem partiarischen Darlehnsvertrage über das Kontrollrecht des Gläubigers nichts ausgemacht sein sollte, wenn also die gesetzlichen Bestimmungen in ihre Rechte treten müßten.

Zunächst ist hierbei hervorzuheben, daß eine spezielle Regelung des Aufsichtsrechtes bei dem partiarischen Darlehnsverhältnis fehlt, wie es ja überhaupt an einer besonderen Regelung dieser Materie mangelt. Die Ausführungen sind darum auch hier aus den allgemeinen Bestimmungen des H. G. B. und B. G. B. zu entnehmen.

Dem Inhaber des Handelsgeschäftes liegt vielleicht sehr viel daran, seinen partiarischen Darlehnsgläubiger von dem Einblick in die Gesamtorganisation des Betriebes und in seine Geschäftsbeziehungen fernzuhalten. So kann er viel Schulden haben, oder seine Verhältnisse sind sonst so ungeordnete, daß er sie einem Gesellschafter nicht anvertrauen möchte. Gerade weil er den Gläubiger nicht in seine Karten schauen lassen will, hat er ihn nicht zum Sozius gemacht, sondern sich auf ein Darlehnsverhältnis beschränkt. Andererseits ist das natürliche Recht des Darlehnsgebers nicht zu übersehen, der die ihm zugeteilte Gewinnquote nicht ohne jede Prüfung hinzunehmen

braucht, sondern die Befugnis erhalten muß, sich von der Richtigkeit seines Gewinnanteils zu überzeugen. Dieses Prüfungsrecht darf aber nicht so weit gehen, daß der Gläubiger von dem Geschäftsinhaber einen vollen Überblick über all' und jede Geschäftstätigkeit zu verlangen hätte, sondern das Recht darf sich nur auf das zwischen ihnen bestehende Darlehnsverhältnis erstrecken. Die Prüfung steht also dem partiarischen Darlehnsgläubiger nur in bezug auf solche Geschäftszweige zu, für die das partiarische Darlehen Verwendung finden sollte. Wenn das partiarische Darlehen eine strengere Aufklärungspflicht in sich schlösse, dann würde dem Darlehnsempfänger sehr oft eine Fortsetzung seines Geschäfts unmöglich gemacht werden. Der Gläubiger, welcher den Geschäftsgang vollkommen überschauen könnte, hätte Gelegenheit, seine Kenntnis von den Geschäftsverbindungen seines Schuldners zu irgend welchen unlauteren Zwecken auszunutzen. Er könnte ihn verhindern, die unerfreuliche Lage, in der sich das Unternehmen vielleicht nur vorübergehend befindet, zu überstehen und so jemals durch Abschluß einiger vorteilhafter Geschäfte das Darlehen zurückzuzahlen. Eine solche strenge Kontrolle enthält B. G. B. § 259, der aber hier nicht zur Anwendung kommen kann. „Wer verpflichtet ist, über eine mit Einnahmen oder Ausgaben verbundene Verwaltung Rechenschaft abzulegen", ist niemals der, welcher sein eigenes Geschäft betreibt, wenn auch ein anderer in gewisser Beziehung an der Verwaltung interessiert ist. Dieses mittelbare Interesse des Gläubigers macht den Geschäftsherrn noch nicht rechnungspflichtig. Die Bestimmung des B. G. B. § 259 ist vielmehr für Fälle gegeben, wo es sich um Geschäftsführung für andere handelt, wie sie auf Grund eines Auftrages, Dienst- oder Werkvertrages, einer negotiorum gestio oder Gesellschaft dem Geschäftsführer bezw. geschäftsführenden Sozius, dem Ehemann oder Vater in Ansehung des von ihm verwalteten und genutzten Frauenguts oder Kindesvermögens, dem Vormund oder Pfleger in An-

sehung des Mündelguts und manchmal auch dem Erben und Testamentsvollstrecker des Nachlasses obliegt.[1])

Der Geschäftsinhaber ist also von einer Rechnungspflicht frei und damit auch von der besonderen Verpflichtung zur Ableistung des Offenbarungseides über die Richtigkeit der angesetzten Posten, wie es B. G. B. § 259 verlangt.

Die maßgebende Bestimmung für das Aufsichtsrecht des partiarischen Darlehensgläubigers enthält vielmehr B. G. B. § 810:

„Wer ein rechtliches Interesse daran hat, eine in fremdem Besitze befindliche Urkunde einzusehen, kann von dem Besitzer die Gestattung der Einsicht verlangen, wenn in der Urkunde ein zwischen ihm und einem anderen bestehendes Rechtsverhältnis beurkundet ist, oder wenn die Urkunde Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft enthält, die zwischen ihm und einem anderen oder zwischen einem von beiden und einem gemeinschaftlichen Vermittler gepflogen worden sind."

Die von dem Geschäftsinhaber gemachten Eintragungen sind einseitig errichtete Urkunden, welche ein zwischen dem Geschäftsinhaber und dem partiarischen Darlehnsgläubiger bestehendes Rechtsverhältnis bekunden.[2]) Da sich der Dividendenanspruch des Gläubigers unmittelbar nach dem vorhandenen Reingewinn des Geschäftes richtet, so beurkunden die Aufzeichnungen des Geschäftsinhabers über Gewinn und Verlust im Geschäft zugleich auch die rechtlichen Beziehungen zwischen dem Darlehnsgläubiger und -Nehmer und damit die Forderung, welche dem Gläubiger von dem Gewinne zukommt.

Somit ist nicht zu leugnen, daß eine Pflicht zur Gestattung der Einsicht in die Handels- und Geschäftsbücher besteht. Jedoch folgt daraus noch nicht, daß diese Pflicht der bei der stillen Gesellschaft gleich sei, oder daß sie gar unbeschränkt bestände. Die Editionspflicht

[1]) Vgl. Denkschrift zur Reichstagsvorlage, S. 45 ff.

[2]) Vgl. Kohler im zivilistischen Archiv, Bd. 79, S. 23 ff. Apt, Pflicht zur Urkundenedition, 1892², S. 43 ff.

besteht vielmehr nur innerhalb besonderer Grenzen. Soviel ist wohl anzunehmen, daß sie sich mindestens innerhalb der Schranken halten muß, die bei dem engeren Verhältnis der stillen Gesellschaft bestehen.

Es darf nicht außer acht gelassen werden, daß die Berührung der Parteien bei dem partiarischen Darlehen eine viel geringere ist, als bei der stillen Gesellschaft. Der partiarische Darlehnsgläubiger hat sich mit derjenigen Auskunftsform zu begnügen, welche bei Handelsgeschäften maßgebend ist, mit der kaufmännischen Bilanz. Im allgemeinen geben ja auch schon die gesamten kaufmännischen Einrichtungen über die geordnete Buchführung, Bilanzziehung usw., wie sie das H. G. B. §§ 38 ff. vorschreibt, genügende Sicherheit. Eine Kontrolle dieser Bücher durch den Darlehnsgläubiger ist daher höchstens, wie bei der stillen Gesellschaft, in der Weise zuzulassen, daß dieser die in der Bilanz aufgeführten Zahlen auf ihre Richtigkeit hin in den Geschäftsbüchern prüft. Eine weitere Einsicht in die Geschäftsbücher ist ihm versagt. So kann der Gläubiger beispielsweise, wenn er sein Darlehen nur für ein bestimmtes Zweiggeschäft hergegeben hat, über welches ein besonderes Konto geführt wurde, die Vorlegung nur dieser Geschäftsbücher und Papiere fordern. Sind die Angaben des Zweiggeschäftes mit denen des Hauptgeschäftes zusammen gebucht, so kann er nur die Einsichtnahme der betreffenden Blätter verlangen, auf welchen die betreffenden Eintragungen stehen. Aber auch sonst bei Beteiligung an dem gesamten Geschäftsgewinn beschränkt sich die Prüfung auf den ziffermäßigen Nachweis der einzelnen in der Bilanz enthaltenen und darum den Darlehnsgläubiger angehenden Posten. Der Geschäftsinhaber hat seine Pflicht getan, wenn er die einzelnen, in der Bilanz enthaltenen Posten als richtig aus den Büchern nachweist, indem er die mit der Bilanz übereinstimmenden Einträge in den Büchern vorzeigt. Ein Recht auf die abschriftliche Mitteilung der Bilanz, das dem stillen Gesellschafter zukommt, läßt sich aus den allgemeinen Bestimmungen der Editionspflicht

B. G. B. §§ 810, 811 nicht folgern. Der Geschäftsinhaber braucht also für seinen partiarischen Darlehnsgläubiger keine Abschrift der Bilanz anzufertigen und ihm mitzuteilen, sondern der partiarische Darlehnsgläubiger hat nur das Recht, bei seinem Schuldner die Bilanz einzusehen.

Die Abrechnungszeiten richten sich wie bei der stillen Gesellschaft nach der Zahlung der Dividende, die nach B. G. B. § 608 nach dem Ablauf eines Jahres und, wenn das Darlehen vor dem Ablauf eines Jahres zurückzuerstatten ist, bei der Rückerstattung entrichtet werden muß. Ebensogut können aber auch längere oder kürzere Fristen vereinbart werden.

Weiterhin ist zu beachten, daß das partiarische Darlehnsverhältnis die erweiterte Kontrolle durch das Gericht auf Antrag des partiarischen Darlehnsgläubigers nicht kennt. Zwar ist auch hier im Laufe eines Rechtsstreits das Gericht befugt, auf Antrag oder von Amtswegen die Vorlegung der Handelsbücher des Geschäftsinhabers anzuordnen, H. G. B. § 45, allein der partiarische Darlehnsgläubiger ist nicht befugt, bei Vorliegen wichtiger Gründe, das Gericht zu ersuchen, die Mitteilung einer Bilanz sowie sonstiger Aufklärungen, sowie die Vorlegung der Bücher und Papiere jederzeit anzuordnen.

Schließlich sei noch eine prozessuale Verschiedenheit hervorgehoben. Während im Prozeß bei der stillen Gesellschaft nach G. V. G. § 101, Nr. 3 die den Landgerichten in erster Instanz zugewiesenen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten stets vor die Kammer für Handelssachen gehören, ist dies bei dem partiarischen Darlehen nicht der Fall. Ist nämlich der Darlehnsgläubiger nicht Kaufmann im Sinne des H. G. B., und gilt damit der partiarische Darlehnsvertrag nicht für beide Teile als Handelsgeschäft, G. V. G. § 101, Nr. 3, so hat der Kläger nicht das Recht, in der Klageschrift nach G. V. G. § 102 die Verhandlung des Rechtsstreites vor die Kammer für Handelssachen zu beantragen.

Kapitel III.

Die Auflösung der stillen Gesellschaft und des partiarischen Darlehens.

§ 12.

Art der Beendigung.

Die stille Gesellschaft und das partiarische Darlehen zeigen weitere Unterscheidungsmerkmale auch in der Beendigung ihrer Rechtsformen.

Vor allem ist hier zu berücksichtigen, daß das partiarische Darlehnsverhältnis nur durch Rückzahlung der Darlehnssumme beendigt wird und bis zur völligen Rückerstattung das Darlehen ungeschmälert fortbesteht, während die Beendigung der stillen Gesellschaft durch die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses herbeigeführt wird. Erst damit ensteht die Pflicht des Inhabers des Handelsgeschäftes, sich mit dem früheren stillen Gesellschafter auseinanderzusetzen und dessen Guthaben in Geld zu berichtigen, H. G. B. § 340 (vgl. oben Seite 35).

§ 13.

Auflösungsgründe.

Die Auflösungsgründe sind bei der stillen Gesellschaft in viel größerer Anzahl vorhanden, als bei dem partiarischen Darlehen. In beiden Fällen kann durch gegenseitige Übereinkunft und durch Ablauf der für die Dauer des Vertragsverhältnisses festgesetzten Zeit das stille Gesellschaftsverhältnis aufgelöst und die Rückzahlung der Dahrlehnssumme fällig werden. Der Partei-

vereinbarung ist bei der stillen Gesellschaft, wie bei dem partiarischen Darlehen volle Freiheit gelassen. Aber auch nur soweit geht die Gleichheit beider Vertragsarten. In den übrigen Fällen, wo die gesetzlichen Bestimmungen zur Geltung gelangen, ist stets eine mehr oder minder große Verschiedenenheit zu finden.

Haben die Parteien nichts über die Zeit der Auflösung vereinbart, so ist das Nächstliegendste, daß eine Kündigung erfolgt, um diesen Erfolg herbeizuführen.

Die Auflösung der stillen Gesellschaft bzw. die Fälligkeit des partiarischen Darlehens tritt nun nicht sofort mit der Kündigung ein, sondern erst nach einer bestimmten Zeit, und zwar beträgt die Kündigungsfrist bei Dahrlehen von mehr als 300 Mk. drei Monate, bei Darlehen von geringerem Betrage einen Monat, B. G. B. § 609. Bei der stillen Gesellschaft dagegen bestimmt H. G. B. §§ 339, 131 zunächst den Beendigungstermin selbst und dann noch eine vom Darlehen verschiedene Kündigungsfrist:

„Die Kündigung eines Gesellschafters kann, wenn die Gesellschaft für unbestimmte Zeit eingegangen ist, nur für den Schluß eines Geschäftsjahres erfolgen; sie muß mindestens sechs Monate vor diesem Zeitpunkte stattfinden.

Ebenso ist nach H. G. B § 134 auch diejenige stille Gesellschaft zu behandeln, welche für die Lebenszeit eines Gesellschafters eingegangen ist oder nach dem Ablauf der für ihre Dauer bestimmten Zeit stillschweigend fortgesetzt wird. Diese Bestimmung fehlt bei dem Darlehen. Hier muß also bei einem für Lebenszeit eingegangenen partiarischen Darlehnsverhältnis die Parteivereinbarung gelten, während das Vertragsverhältnis, das nach Ablauf der bestimmten Zeit fortgesetzt wird, nunmehr nach den Regeln des B. G. B. § 609 behandelt wird.

Das Kündigungsrecht des B. G. B. § 609 und des H. G. B. §§ 339, 132 steht aber nicht bloß dem partiarischen Darlehensgläubiger und -schuldner bezw. den

Gesellschaftern zu; auch ein Gläubiger des partiarischen Darlehnsgebers oder des stillen Gesellschafters kann berechtigt werden, das partiarische Darlehen oder das stille Gesellschaftsverhältnis zu kündigen. Nur sind die Voraussetzungen zu dieser Kündigung bei beiden Vertragsverhältnissen verschieden. Will der Gläubiger des partiarischen Darlehnsgläubigers oder des stillen Gesellschafters dessen Forderung im Wege der Pfändung an sich bringen, so hat er ein Pfändungsgesuch an das Vollstreckungsgericht (Amtsgericht) zu richten, dem der mit der Vollstreckungsklausel versehene und zugestellte Vollstreckungstitel beizufügen ist, C. P. O. §§ 724, 750. Mittels eines Pfändungs- und Überweisungsantrages erhält er dann durch Beschluß des Gerichts das Recht auf das, was dem Darlehnsgläubiger bezw. dem stillen Gesellschafter aus dem Vertragsverhältnis mit dem Inhaber des Handelsgeschäftes zukommt. Während nun aber der neue Gläubiger das partiarische Darlehen auch auf Grund eines bloß vorläufig vollstreckbaren Titels kündigen darf, ist bei der stillen Gesellschaft dieses Kündigungsrecht dem Gläubiger nur dann gegeben, wenn er auf Grund eines nicht bloß vorläufig vollstreckbaren, sondern rechtskräftigen Schuldtitels die Pfändung und Überweisung des Anspruches auf dasjenige erwirkt hat, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt, H. G. B. § 135 als Verweisung zu §339. Außerdem muß bei der stillen Gesellschaft der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate eine Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen des stillen Gesellschafters ohne Erfolg versucht haben. — Dafür darf er aber auch „die stille Gesellschaft ohne Rücksicht darauf, ob sie für eine bestimmte oder unbestimmte Zeit eingegangen ist, sechs Monate vor dem Ende des Geschäftsjahres für diesen Zeitpunkt kündigen", H. G. B. § 135. Der Gläubiger des partiarischen Darlehnsgebers dagegen ist zur Kündigung nur dann und insoweit befugt, als auch der Darlehnsgläubiger zur Kündigung berechtigt war.

Weiterhin ist nach H. G. B. § 339 nur dem stillen Gesellschafter, aber nicht dem partiarischen Darlehnsgläubiger das Recht eingeräumt, „die Gesellschaft aus wichtigen Gründen ohne Einhaltung einer Frist zu kündigen". B. G. B. § 723 bestimmt darüber näher: „Ist die Gesellschaft nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann jeder Gesellschafter sie jederzeit kündigen" (vgl. oben Seite 58).

Ist ein Zeitpunkt für die Gesellschaft bestimmt, so ist die Kündigung vor dem Ablauf der Zeit zulässig, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein solcher Grund ist insbesondere vorhanden, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrage obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt, oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird", z. B. infolge Verlustes der Fähigkeit zur selbständigen Vermögensverwaltung. „Unter der gleichen Voraussetzung ist, wenn eine Kündigungsfrist bestimmt ist, die Kündigung ohne Einhaltung der Frist zulässig. Die Kündigung darf nicht zur Unzeit geschehen, es sei denn, daß ein wichtiger Grund für die unzeitige Kündigung vorliegt. Kündigt ein solcher Gesellschafter ohne solchen Grund zur Unzeit, so hat er dem anderen Gesellschafter den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen."

Der stille Gesellschafter wird eine vorzeitige Auflösung der stillen Gesellschaft zunächst in den von dem Gesellschaftsvertrage vorgesehenen Fällen herbeiführen können. Dem Gericht steht es aber auch frei, vertragsmäßig nicht vorgesehene Gründe zur Rechtfertigung einer einseitigen sofortigen Auflösung der stillen Gesellschaft für ausreichend zu erachten. Insbesondere wird die Auflösung der stillen Gesellschaft dann ausgesprochen werden können, wenn äußere Umstände die Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes unmöglich machen. So kann der Betrieb des Handelsgewerbes unabhängig von dem Willen des Gesellschafters z. B. infolge

von Ein- und Ausfuhrverboten rechtlich unzulässig sein oder der geschäftsführende Gesellschafter wird an dem nutzbringenden Betrieb des Handelsgewerbes verhindert, was beispielsweise durch vermehrte Konkurrenz oder durch eine Verminderung des Vermögens des Geschäftsinhabers, welche diesem die nötigen Betriebsmittel und den hierzu erforderlichen Kredit entzogen hat, veranlaßt sein kann.

Ein wichtiger Grund zur vorzeitigen Auflösung der stillen Gesellschaft liegt fernerhin auch dann vor, wenn der Inhaber des Handelsgewerbes bei der Geschäftsführung oder bei der Rechnungslegung unredlich verfährt oder wenn ein Gesellschafter die Erfüllung der ihm obliegenden wesentlichen Verpflichtungen in mangelhafter Weise erfüllt oder durch rechtswidrige Tätigkeit verletzt. So gibt der Inhaber des Handelsgeschäfts dem stillen Gesellschafter das Recht, die Gesellschaftsauflösung zu verlangen, wenn er die Einlage dieses letzteren vertragswidrig verwendet, ferner wenn er das zu eröffnende Handelsgewerbe in entsprechender Zeit nicht eröffnet oder den Gegenstand desselben verändert, oder das Gewerbe einseitig aufgibt oder ohne Einwilligung seines Mitgesellschafters auf einen anderen überträgt. Schließlich würde auch ein wichtiger Grund zur Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses vorhanden sein, wenn der Inhaber des Handelsgeschäftes durch anhaltende Krankheit oder aus sonstigen Gründen zu den ihm obliegenden Geschäften des Handelsgewerbes unfähig wird.

Liegt ein derartiger wichtiger Grund zur sofortigen Auflösung der stillen Gesellschaft vor, so kann die stille Gesellschaft durch die bloße Kündigung, ohne daß es eines Richterspruchs bedarf, sofort aufgelöst werden.

Im Gegensatz zu dem partiarischen Darlehen wird die stille Gesellschaft auch dann beendet, wenn der Inhaber des Handelsgeschäftes stirbt. Dieser Endigungsgrund folgt aus B. G. B. § 727 und H. G. B. § 339[2]. B. G. B. § 727 sagt:

„Die Gesellschaft wird durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrage sich ein anderes ergibt."

H. G. B. § 339 beschränkt jedoch diese Auflösung auf den Tod des Inhabers des Handelsgeschäfts, indem es ausdrücklich bestimmt, daß „durch den Tod des stillen Gesellschafters die Gesellschaft nicht aufgelöst wird."

Ebenso kann auch der vereinbarte Zweck erreicht oder dessen Erreichung unmöglich geworden sein. Auch für diesen Fall tritt im Gegensatz zum partiarischen Darlehen ipso jure das Ende der stillen Gesellschaft, als einer Unterart der bürgerlichen Gesellschaft ein.[1]) Bei dem partiarischen Darlehen würde für diesen Fall erst eine vertrags- oder gesetzsmäßige Kündigung einer Partei erforderlich sein, um das Darlehen fällig zu machen; denn das partiarische Darlehen ist kein gegenseitiger Vertrag, sodaß B. G. B. §§ 323ff nicht zur Anwendung gelangen könnte.

Schließlich spielt der Konkurs bei der Beendigung der stillen Gesellschaft wie bei der Fälligkeit des partiarischen Darlehens eine große Rolle. Der Konkurs des stillen Gesellschafters vermag nach B. G, B. § 728 das Gesellschaftsverhältnis zur Auflösung zu bringen, der Konkurs des partiarischen Darlehnsgläubigers dagegen bringt die Wirkung der Fälligkeit nicht hervor.

Anders liegt der Fall bei dem Konkurs des Geschäftsinhabers. Hier wird sowohl die Auflösung der stillen Gesellschaft, wie die Fälligkeit des partiarischen Darlehens bewirkt, nur sind im einzelnen die Folgen der Auflösung bzw. der Fälligkeit verschieden. Das partiarische Darlehnsverhältnis tritt mit dem Beginn des Konkurses sofort in das Stadium der Fälligkeit; denn besagte Forderungen gelten nach K. O. § 65 als fällig. Bei der stillen Gesellschaft bewirkt der Konkurs dagegen zunächst die Auflösung des Gesellschaftsverhältnisses und erst damit wird der stille Gesellschafter, der seine Einlage in das Geschäft eingezahlt hat, berechtigt, sein

---

[1]) Vgl. Ebert bei Fischer-Henle § 726 Anm. 3.
Denkschrift zum Entwurf eines H. G. B. S. 199.

Guthaben in Geld zurückzufordern. Er wird wie der partiarische Darlehnsgläubiger: Konkursgläubiger. Seine Forderung geht dabei nur auf den Rest, der von dem eingelegten Kapital nach Abzug des den Gesellschafter etwa treffenden Verlustanteils übrig bleibt, H. G. B. § 341, während der partiarische Darlehnsgläubiger wenigstens die Konkursdividende stets ungeschmälert erhält.

Der stille Gesellschafter kann aber nicht bloß als Gläubiger im Konkurs auftreten, auch der Fall ist möglich, daß er Schuldner der Konkursmasse ist, was bei dem partiarischen Darlehen nicht eintreten kann. Da der Beginn der stillen Gesellschaft nicht von der Zahlung der Einlage abhängig ist, so kann der stille Gesellschafter damit noch im Rückstande sein. Durch die Konkurseröffnung wird nun freilich seine Einlagepflicht als solche erlöschen, da die stille Gesellschaft aufgelöst und somit die Voraussetzung, unter der die Hingabe des Beitrages verheißen war, fortgefallen ist. Allein die Verpflichtung des stillen Gesellschafters, den bestimmten Anteil am Verlust des Geschäftsbetriebes zu tragen, bleibt nach H. G. B. § 341[2] für den bis zur Konkurseröffnung entstandenen Geschäftsverlust bestehen. Der stille Gesellschafter hat also für diesen Fall zwar nicht die volle Einlage, aber seinen Verlustanteil zur Konkursmasse einzuzahlen.

Die Pflicht des stillen Gesellschafters gegenüber der Konkursmasse ist aber damit noch nicht zu Ende. Zwar kann auch der partiarische Darlehnsgläubiger gemäß den Regeln der K. O. §§ 29 ff. durch das Anfechtungsrecht der Konkursgläubiger behelligt werden. Allein das Anfechtungsrecht ist bei der stillen Gesellschaft erheblich verschärft. Es genügt zur Anfechtung nach H. G. B. § 342 die Tatsache, daß innerhalb des letzten Jahres vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Inhabers des Handelsgeschäftes auf Grund einer Vereinbarung zwischen diesem und dem stillen Gesellschafter die Einlage des letzteren zurückgezahlt oder ihm die Verpflichtung zur Tragung seines Anteils an dem ent-

standenen Verluste erlassen ist. Der Rückzahlung steht die Hingabe an Zahlungsstatt, Pfandbestellung u. a. gleich.[1]) Dagegen braucht eine Absicht der Gesellschafter, die Konkursgläubiger zu benachteiligen, nicht nachgewiesen oder bestritten zu werden. Der stille Gesellschafter ist vielmehr schon bei Vorliegen des § 342 mit dem ihn treffenden Verlustanteile zu belasten, ohne Rücksicht darauf, ob die Rückgewähr oder der Erlaß unter Auflösung der Gesellschaft stattgefunden hat oder nicht. Hat er die zurückbezahlten Gelder in die Konkursmasse wieder eingezahlt, so erhält er nunmehr das Recht, als Konkursgläubiger aufzutreten und seine etwaigen Gewinnansprüche gegen die Konkursmasse geltend zu machen. Andererseits ist aber dem stillen Gesellschafter (im Gegensatz zum partiarischen Darlehnsgläubiger) auch wieder der Nachweis gestattet, daß der Konkurs Umständen seine Entstehung verdankte, welche erst nach der fraglichen Vereinbarung eingetreten sind, H. G. B. § 342[2]. Die Vergünstigung des stillen Gesellschafters konnte schon im Gesellschaftsvertrage vorgesehen sein oder eine Abänderung des Gesellschaftsvertrages zum Inhalt haben, die schon vor Beginn des letzten Jahres erfolgt war. Für diese Fälle ist die Anfechtung des Konkursverwalters ausgeschlossen.

Dieses gesteigerte Anfechtungsrecht bei der stillen Gesellschaft und das des partiarischen Darlehens, die beide von dem Konkursverwalter geltend gemacht werden, sind der einzige Fall, in dem der stille Gesellschafter und der partiarische Darlehnsgläubiger nach außen hin auftritt. Doch ist dieses Auftreten beiden Rechtsverhältnissen gemeinsam. Die Unterschiede zwischen der stillen Gesellschaft und dem partiarischen Darlehen finden sich nur im Innenverhältnis der Beteiligten, wo die engeren Beziehungen zwischen den beiden Gesellschaftern und die mehr lockeren zwischen dem partiarischen Darlehnsgläubiger und -Schuldner hervortreten.

[1]) E. R. O. H. G. XIV, Nr. 38.
E. R. G. XXVII, S. 18.

§ 14.

Schlußübersicht.

Wenn nun auch manche Meinungen dahin gehen, daß die stille Gesellschaft nichts anderes sei, als ein modifiziertes Darlehen, so dürfte doch gezeigt sein, daß dem nicht so sei, und daß vielmehr gewichtige Unterscheidungsmerkmale vorliegen, welche eine strenge Trennung beider Rechtsinstitute erforderlich machen.

Zum Schluß mag noch eine kurze Übersicht der aus den vorhergehenden Betrachtungen gewonnenen Resultate angebracht erscheinen:

Die stille Gesellschaft.	**Das partiarische Darlehen.**
1. Die stille Gesellschaft ist in H. G. B. §§ 335—342 besonders behandelt	Das partiarische Darlehen entbehrt einer besonderen Regelung. Die Vorschriften des B. G. B. §§ 607—610 und des H. G. B. über das gewöhnliche Darlehen sind darum anzuwenden.
2. Der Wille der Parteien kann bei dem Vertragsabschluß gehen	
auf eine stille Gesellschaft	auf ein partiarisches Darlehen.
3. Der Begründungsakt ist	
a) ein Consensualkontrakt	ein Realkontrakt
b) ein gegenseitiger Vertrag	ein einseitig verpflichtender Vertrag.
4. Bei der stillen Gesellschaft kann sich der stille Gesellschafter durch Kundmachung nach den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nach den Vorschriften über den Kreditauftrag verpflichten.	Bei dem partiarischen Darlehen wird dieser Fall aus besonderen praktischen Gründen nicht eintreten.
5. Bei einer Handelsgesellschaft wie der offenen Handelsgesellschaft oder der Kommanditgesellschaft kann ein stiller Gesellschaftsvertrag nur mit Genehmigung aller Gesellschafter eingegangen werden.	Ein partiarisches Darlehen kann auch von dem geschäftsführenden Gesellschafter aufgenommen werden.

6. Ein Prokurist kann keinen stillen Gesellschaftsvertrag abschließen.	Er kann aber einen partiarischen Darlehnsvertrag abschließen.
7. Der stille Gesellschafter hat Anteil am Gewinn und in der Regel auch am Verlust.	Der partiarische Darlehnsgläubiger nimmt nur teil am Gewinn.

8. Bei positiver Vertragsverletzung des Geschäftsinhabers hat:

der stille Gesellschafter das Recht auf:	der partiarische Darlehnsgläubiger nur das Recht auf gesetzmäßige Kündigung.
a) Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages,	
b) Rücktritt vom Vertrage,	
c) Anrechnung der Geschäfte für Rechnung der stillen Gesellschaft, die der Komplementar für seine Rechnung gemacht hat.	
d) fristlose Kündigung.	

9. Die Veräußerung des Handelsgeschäftes ist:

Bei der stillen Gesellschaft nicht ohne Genehmigung des stillen Gesellschafters erlaubt.	bei dem partiarischen Darlehen steht einer Veräußerung nichts entgegen.
10. Bei der stillen Gesellschaft kann die Person des stillen Gesellschafters nur mit Genehmigung des Komplementars wechseln, um sämtliche Rechte und Pflichten des stillen Gesellschafters auf den Dritten (den Cessionar) übergehen zu lassen.	Bei dem partiarischen Darlehen ist eine Cession der Darlehnsforderung möglich.
11. Die Einlage kann bei der stillen Gesellschaft in körperlichen Sachen, in Forderungen, in Gebrauchs- und Nutzungsrechten, und auch in Diensten bestehen,	Die Darlehnssume besteht bei dem partiarischen Darlehen nur in vertretbaren Sachen.

12. Die Einlage ist für das Handelsgeschäft zu verwenden.	Die Darlehnsumme kann auch zu anderen Zwecken verwendet werden.
13. Die Einlage ist bei der Teilnahme am Verlust veränderlich.	Die Darlehnssumme bleibt unverändert.
14. Das Guthaben des stillen Gesellschafters kann erst nach Auflösung der stillen Gesellschaft geltend gemacht werden.	Die partiarische Darlehnsforderung wird ohne vorherige Auflösung des Darlehnsverhältnisses zurückgefordert.
15. Das Guthaben ist in Geld zu berichtigen.	Die Rückgabe erfolgt in tantundem ejusdem generis.
16. Bei Auflösung und Konkurs sind die Sachen, deren Gebrauch oder Nutzung überlassen ist, zurückzugeben.	
17. Ist die Einlage des stillen Gesellschafters durch Verluste gemindert oder aufgezehrt, so erhält er den späteren Gewinn nicht eher ausgezahlt, bis die volle Einlagesumme wiederhergestellt ist.	
18. Bei der stillen Gesellschaft braucht im Vertrage von dem Gewinn- und Verlustanteil nicht die Rede zu sein.	Bei dem partiarischen Darlehen muß die Dividende statt der gewöhnlichen Zinsen ausdrücklich ausbedungen werden.
19. Der stille Gesellschaftsvertrag erzeugt eine Holschuld.	Der partiarische Darlehnsvertrag läßt eine Bringschuld entstehen.
20. Der stille Gesellschafter hat das Recht, eine Abschrift der jährlichen Bilanz zu verlangen.	Der partiarische Darlehnsgläubiger erlangt nur das Recht, die Bilanz des Geschäftsinhabers einzusehen.

21. Bei der stillen Gesellschaft ist bei Streitigkeiten, für die das Landgericht zuständig ist, stets die Kammer für Handelssachen zuständig.	Bei dem partiarischen Darlehen kann die Kammer für Handelssachen zuständig sein.
22. Der stille Gesellschafter kann bei wichtigen Gründen das Gericht ersuchen, vom Komplementar die Vorlegung einer Bilanz usw. zu verlangen.	Der partiarische Darlehnsgläubiger ist dazu nicht befugt.
23. Die stille Gesellschaft geht als solche durch die Tatsache der Auflösung zu Ende.	Das partiarische Darlehen wird erst durch die volle Rückzahlung der Darlehnssumme beendet.
24. Die Kündigungsfrist beträgt bei der stillen Gesellschaft sechs Monate bis zum Schluß des Geschäftsjahres.	Die Kündigungsfrist des partiarischen Darlehens ist bei Darlehen unter 300 Mk. ein Monat, über 300 Mk. drei Monate.
25. Die auf Lebenszeit eingegangene stille Gesellschaft ist kündbar.	Das partiarische Darlehen auf Lebenszeit ist unkündbar.
26. Das Kündigungsrecht eines Gläubigers des stillen Gesellschafters ist sehr beschränkt.	Der Gläubiger eines partiarischen Darlehnsgläubigers kann sich aus der gepfändeten Forderung leichter befriedigen.
27. Der Gläubiger des stillen Gesellschafters hat aber das Kündigungsrecht stets, auch wenn die stille Gesellschaft für eine bestimmte Zeit eingegangen ist.	Der Gläubiger des partiarischen Darlehnsgläubigers ist an die im Vertrage bestimmte Kündigungfrist gebunden.
28. Die stille Gesellschaft kann bei wichtigen Gründen fristlos gekündigt werden.	Das partiarische Darlehen ist auch bei wichtigen Gründen an die vertrags- oder gesetzmäßige Frist gebunden.

29. Die stille Gesellschaft wird ipso jure aufgelöst: durch den Tod des Komplementars;	
30. wenn der vereinbarte Zweck erreicht oder unmöglich geworden ist;	
31. durch den Konkurs des Inhabers des Handelsgeschäftes.	
32. Der stille Gesellschafter kann bei Konkurs des Inhabers des Handelsgeschäfts sowohl Gläubiger, als auch möglicherweise Schuldner sein.	Der partiarische Darlehnsgläubiger ist stets nur Gläubiger der Konkursmasse.
33. Bei der stillen Gesellschaft ist das Anfechtungsrecht des Konkursverwalters erhöht.	Bei dem partiarischen Darlehen besteht das gewöhnliche Anfechtungsrecht der Konkursordnung.